

Zeitschrift:	Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV
Herausgeber:	Schweizerischer Juristenverein
Band:	92 (1973)
Artikel:	Les droits sociaux
Autor:	Grisel, Etienne
DOI:	https://doi.org/10.5169/seals-895750

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 08.02.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

Les droits sociaux

Rapport présenté par **ETIENNE GRISEL**
Professeur à l'Université de Lausanne

Table des matières

Bibliographie	5
Abréviations	11
Introduction	13
Première partie: Les sources	17
Chapitre premier: L'histoire	17
<i>§ 1. L'école classique des droits de l'homme</i>	<i>17</i>
1. Au Moyen Age	17
2. Sous la monarchie absolue	18
3. La Révolution française	19
4. Au XIX ^e siècle	21
5. Au XX ^e siècle	24
<i>§ 2. La question sociale</i>	<i>25</i>
1. Durant l'Antiquité et le Moyen Age	25
2. Sous la monarchie absolue	27
3. La Révolution française	28
4. Au XIX ^e siècle	30
5. Au XX ^e siècle	36
Chapitre deuxième: Le droit positif	42
<i>§ 1. Le droit international public</i>	<i>42</i>
1. Les traités	43
2. Leurs nature juridique	57
<i>§ 2. Le droit interne</i>	<i>67</i>
1. La «Constitution sociale» de la Suisse	67
2. Quelques droits étrangers	74

Seconde partie: La théorie	85
Chapitre premier: La définition et les divisions des droits sociaux	85
<i>§ 1. La définition des droits sociaux</i>	85
1. Par leur portée	86
2. Par le cercle de leurs titulaires	91
3. Par leur but	94
4. Par leur contenu	94
5. Conclusion	96
<i>§ 2. Les divisions</i>	96
Chapitre deuxième: La nature juridique	98
<i>§ 1. Les dispositions-programmes</i>	99
1. Définition	99
2. Effets	100
3. Inconvénients	101
<i>§ 2. Les clauses attributives de compétence</i>	102
1. Dans la Constitution fédérale	102
2. Effets	103
3. Avantages et lacunes	105
<i>§ 3. Les clauses de l'«Etat social»</i>	105
1. Un simple programme?	106
2. Une règle juridique?	106
3. Conclusion	107
<i>§ 4. Les garanties institutionnelles</i>	111
1. Définition	111
2. En droit positif	113
3. Conclusion	114
<i>§ 5. Les droits fondamentaux</i>	116
A. Dans la Constitution fédérale	117
1. Dans la Constitution actuelle	117
2. Dans les initiatives sur les droits sociaux	120
B. En droit désirable	125
1. Le contenu	125
2. Les parties	129
3. La réserve de la loi et le contrôle judiciaire	139
Conclusion	151

Bibliographie

- ABADAN, Y. Die türkische Verfassung von 1961, Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, 1964, p. 325–436.
- ABE, T. Die Entwicklung des japanischen Verfassungsrechts seit 1952, Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, 1966, p. 513–565.
- ALCIATOR, M./Fois, P. La reconnaissance et la garantie des droits de l'homme dans la Constitution italienne, PELLOUX, Essais, p. 3–17.
- AUBERT, J.-F. Traité de droit constitutionnel suisse, Neuchâtel 1967.
- BETTERMANN, K.A./NEUMANN, F. L./NIPPERDEY, H.C. Die Grundrechte, 2 vol., Berlin 1966 (cité: BETTERMANN/NEUMANN/NIPPERDEY).
- BLOCH, R. Der Doppelcharakter der individuellen Freiheitsrechte als Schutz des Einzelnen und als institutionelle Garantie der Demokratie, Thèse Berne 1954.
- BORJA, R. Die verfassungsrechtliche Entwicklung von Ecuador, Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, 1970, p. 383–411.
- BOURELY, M. Droit public marocain, vol. 2, Libertés publiques, Rabat 1965.
- BREPOHL, W. Die sozialen Menschenrechte, Schriftenreihe der Europäischen Akademie, Heft 5, Wiesbaden 1950.
- BRUNET, R. La garantie internationale des droits de l'homme, Genève 1947.
- BRUNNECK, W. VON. Die Verfassung des Landes Hessen vom 1. Dezember 1946, Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, 1954, p. 213–270.
- BRUNNER, G. Die Problematik der sozialen Grundrechte, Recht und Staat, 404/405, Tübingen 1971.
- BURCKHARDT, W. Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874, 2^e éd., Berne 1914 (cité: BURCKHARDT).
- Le droit fédéral suisse, trad. BOVET, G., 5 vol., Neuchâtel 1930–1935 (cité: BURCKHARDT-BOVET).
- BURDEAU, G. Traité de science politique, 7 vol., Paris 1949–1957.
- CALAMANDREI, P./BARILE, P. Die Grundfreiheiten in Italien, in: BETTERMANN/NEUMANN/NIPPERDEY, p. 659–800.
- CASSIN, R. La Cour européenne des droits de l'homme, Annuaire Européen, 1959, p. 75–99.
- Quelques souvenirs sur la déclaration universelle de 1948, Revue de droit contemporain, 1968, p. 11–24.
- CASTAN TOBENAS, J. Los derechos del hombre, Madrid 1969.

- COLLIARD, C.-A. *Libertés publiques*, Paris 1972.
- DARMSTAEDTER, F. *Der Wohlfahrtsstaat und das soziale Grundrecht*, «Festschrift für C.A. Emge», Wiesbaden 1960, p. 12–19.
- DAUM, W. *Soziale Grundrechte, Recht der Arbeit*, 1968, p. 81–87.
- DELPÉRÉE, A. *Les droits sociaux et la Charte sociale européenne*, *Revue des droits de l'homme*, 1968, p. 549–581.
- DJORDJEVIC, J. *La conception des libertés humaines et les nouveaux droits de l'homme dans la Constitution de la Yougoslavie*, *Revue de Droit Contemporain*, 1968, p. 111–132.
- DORSEN, N. *The Rights of Americans: What They Are – What They Should Be*, New York 1970.
- DOUGLAS, W.O. *The Bill Of Rights Is Not Enough*, *New York University Law Review*, 1963, p. 207–242.
- DRESSLER, A. *Les droits de l'homme dans la théorie de la Constitution*, *Bulletin de droit tchécoslovaque*, 1967, p. 61–81.
- DUMONT, C. *La Charte sociale européenne*, Liège 1963.
- DUPEYROUX, J.-J. *Sécurité sociale*, 3^e éd., Paris 1969.
- DUVERGER, M./SFEZ, L. *Die staatsbürgerlichen Freiheitsrechte in Frankreich und in der Union Française*, in: BETTERMANN/NEUMANN/NIPPERDEY, p. 543–658.
- ERMACORA, F. *Die Grundrechte in Österreich*, in: BETTERMANN/NEUMANN/NIPPERDEY, p. 125–173.
- EXTER, R.P. van. *Het Internationale Aspect Der Sociale Grondrechten*, thèse Amsterdam 1955 (résumé en anglais).
- FAVRE, A. *Les droits constitutionnels et la garantie internationale des droits de l'homme*, *La liberté du citoyen en Suisse*, Zurich 1948, p. 335–358 (cité: FAVRE).
- *La Convention européenne des droits de l'homme: Questions choisies*, *Annuaire suisse de droit international*, 1966, p. 9–36.
 - *Droit constitutionnel suisse*, 2^e éd., Fribourg 1970.
- FECHNER, E. *Freiheit und Zwang im sozialen Rechtsstaat*, *Rechtsstaatlichkeit*, p. 73–94.
- FLORETTA, H. *Bürgerliche Freiheitsrechte und soziale Grundrechte*, *Recht der Arbeit* (Autriche), 1969, p. 1–6.
- FORSTHOFF, E. *Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates*, *Rechtsstaatlichkeit*, p. 165–200 (cité: FORSTHOFF).
- *Der Staat der Industriegesellschaft*, Munich 1971.
- GADOLIN, A. von. *Gerechtigkeit, Menschenrechte und Grundfreiheiten unter besonderer Berücksichtigung der nordischen Länder*, in: VEITER/KLEIN, p. 46–61.
- GANSHOF VAN DER MEERSCH, W.J. *Organisations Européennes*, vol. 1, Paris 1966.
- GUHA, P. *Human Rights and Social Welfare*, in: SINGHVI, p. 203–207.
- HERAUD, G. *Les libertés publiques et droits de l'homme en France*, in: VEITER/KLEIN, p. 282–298.
- HERRERA, F. *L'ordre social international et les droits de l'homme*, *Revue de la Commission internationale de juristes*, 1968, p. 16–21.

- HESSLER, M.-C. Les maladies professionnelles dans la CEE et en Suisse, Etudes de droit européen, vol.5, Genève 1971.
- HIGUCHI, Y. La protection des droits de l'homme au Japon, Revue des droits de l'homme, 1968, p. 609–623.
- HINTEREGGER, G. Les droits de l'homme et les libertés fondamentales en Autriche, in: PELLOUX, p. 87–95.
- HUBER, H. Soziale Grundrechte? La liberté du citoyen en Suisse, Zurich 1948, p. 149–160 (cité: HUBER).
- Die Bedeutung der Grundrechte für die sozialen Beziehungen unter Rechtsgenossen, RDS, 1955, p. 173–207.
 - Die Grundrechte in der Schweiz, in: BETTERMANN/NEUMANN/NIPPERDEY, p. 175–234.
- JANSSON, J. M. Die Verfassungsentwicklung in Finnland seit dem Jahre 1939, Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, 1957, p. 285–318.
- JELLINEK, G. System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2^e éd., Tübingen 1905 (cité: JELLINEK).
- L'Etat moderne et son droit, trad. FARDIS, G., 2 vol., Paris 1911–1913.
- JENKS, C.W. Travail, loisirs, sécurité sociale en tant que droits de l'homme au sein de la collectivité mondiale, Revue de la Commission internationale de juristes, 1968, p. 56–67.
- KÄGI, W. Die Menschenrechte und ihre Verwirklichung, Aarau 1968.
- KHOL, A. Der Menschenrechtskatalog der Völkergemeinschaft. Die Menschenrechtskonvention der Vereinten Nationen, Vienne 1968.
- KNAPP, B. Les droits sociaux et économiques dans une nouvelle Constitution fédérale, Zbl. 1970, p. 345–353 et 369–375.
- KONRAD, D. Freiheitsrechte und Arbeitsverfassung, Berlin 1965.
- KRISHNA SHETTY, K.P. Fundamental Rights and Socio-Economic Justice in the Indian Constitution, Allabahad, Chaitanya, 1969.
- KUBALI, H. N. Les traits dominants de la Constitution de la seconde République turque, Annales de la Faculté de droit d'Istanbul, t. XVI, 1966, p. 240–263.
- KUHN, A. Sozialrechte und Freiheitsrechte, Civitas, 1968, p. 51–78.
- LAVALLEYE, P. Les droits de l'homme et les libertés fondamentales en Belgique, PELLOUX, p. 19–42.
- LAVROFF, D. G. Les libertés publiques en Union Soviétique, Paris 1963.
- LEISNER, W. Grundrechte und Privatrecht, Munich 1960.
- LEUPRECHT, P. Der Europarat, Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, 1966, p. 55–135.
- LOHMAR, U. Soziale Grundrechte, Politik, 1966, fasc. 2, p. 49–56.
- LYON-CAEN, G. Droit social européen, 2^e éd., Paris 1972.
- MARTINS, D. H. La protección internacional de los derechos esenciales del hombre, «Homenaje al Prof. E. Sayagues-Laso», vol. 2, Madrid 1969, p. 37–123.
- M'BAYE, K. Les réalités du monde noir et les droits de l'homme, Revue des droits de l'homme, 1969, p. 382–394.

- Mc DOUGAL, M. Die Menschenrechte in den Vereinten Nationen, in: BETTERMANN/NEUMANN/NIPPERDEY, p. 493–542.
- Menschenrechte im Staatsrecht und im Völkerrecht, Vorträge und Diskussionen des Zweiten Kolloquiums über die Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, Karlsruhe 1967.
- METALL, R.A. Der völkerrechtliche Schutz sozialer Grundrechte durch die internationale Arbeitsorganisation, *«Festschrift H. Schmitz»*, vol. 1, 1967, p. 196–203.
- MOSCA, G. Histoire des doctrines politiques, nouvelle éd., par BOUTHOUL, G., Paris 1955.
- MOURAL, J. Les droits et les devoirs des citoyens dans la nouvelle Constitution de la République Socialiste Tchécoslovaque, *Bulletin de droit tchécoslovaque*, 1960, p. 55–68.
- NATOLI, U. La protection des droits de l'homme et la Charte sociale européenne, *Revue de droit contemporain*, 1968, p. 93–99.
- NIPPERDEY, H.C. Grundrechte und Privatrecht, Krefeld 1961.
- ÖSTREICH, G. Die Entwicklung der Menschenrechte und Grundfreiheiten, in: BETTERMANN/NEUMANN/NIPPERDEY, p. 1–123.
- PAHR, W. Le système autrichien de protection des droits de l'homme, *Revue des droits de l'homme*, 1968, p. 397–406.
- PAPADATOS, P. La Charte sociale européenne, *Revue de la Commission internationale de juristes*, 1966, p. 227–257.
- PARTSCH, K.J. Die Rechte und Freiheiten der Europäischen Menschenrechtskonvention, in: BETTERMANN/NEUMANN/NIPPERDEY, p. 235–492.
- PAULI, L. Les droits de l'homme et les libertés fondamentales dans les Constitutions polonaises: Aperçu historique, PELLOUX, p. 17–44.
- PELLOUX, R. Essais sur les droits de l'homme en Europe, Turin 1959 (cité: PELLOUX).
- Le citoyen devant l'Etat, 2^e éd., Paris 1963.
- PESKA, P. Zur gegenwärtigen Verfassungsentwicklung in der Tschechoslowakei, *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, 1967, p. 295–323.
- RECK, H.F. Der Schutz der Grundrechte in Indien, *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1963, p. 390–392.
- REGENT-LECHOWICZOVÁ, M. Cycle d'études des Nations Unies sur les droits économiques et sociaux, *Revue de droit contemporain*, 1968, p. 83–92.
- Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, Recueil édité par FORSTHOFF, E., Darmstadt 1968 (cité: Rechtsstaatlichkeit).
- RIVERO, J. Le système français de protection des droits de l'homme, *Revue des droits de l'homme*, 1968, p. 70–78.
- ROTH, L. Staatsauffassung und Grundrechte in der Union der Sozialistischen Sowjetrepubliken, Thèse Cologne 1965.
- SALADIN, P. Die Funktion der Grundrechte in einer revidierten Verfassung, RDS 1968, p. 531–560.
- Grundrechte im Wandel, Berne 1970.

- SALIS, L. R. Le droit fédéral suisse, trad. BOREL, E., 5 vol., Berne 1904–1907 (cité: SALIS/BOREL).
- SCHALLER, F. X. Le droit au travail, Porrentruy 1946.
- De la charité privée aux droits économiques et sociaux du citoyen, Neuchâtel 1950.
- SCHAMBECK, H. Grundrechte und Sozialordnung, Schriften zum öffentlichen Recht, vol. 88, Berlin 1969.
- SCHMIDT-BLEIBTREU, B./KLEIN, F. Die Grundrechte, Auszug aus dem Kommentar zum Grundgesetz, Berlin 1970.
- SCHMITT, C. Verfassungslehre, 5^e éd., Berlin 1970.
- SCHNEIDER, P. Droits sociaux et doctrines des droits de l'homme, Archives de philosophie du droit, 1967, p. 317–331.
- SENELLE, R. La révision de la Constitution belge et l'adaptation des institutions aux réalités contemporaines, textes et documents, n° 200, 1965.
- STASZKOW, M. Quelques remarques sur les droits économiques et sociaux, in: PELLOUX, p. 45–58.
- SZABO, I. La portée juridique de la Déclaration Universelle de 1948, Revue de droit contemporain, 1968, p. 39–52.
- TAQUET, M./GOSSERIES, P. P. La Charte sociale européenne, Bruxelles 1962 (cité: TAQUET).
- TOMANDL, T. Der Einbau sozialer Grundrechte in das positive Recht, Recht und Staat, 337/338, Tübingen 1967.
- TORNARITIS, C. The Social and Economic Rights under the Law of the Republic of Cyprus, «Mélanges M. Bridel», Lausanne 1968, p. 533–556.
- TOUCHARD, J. Histoire des idées politiques, 4^e éd., Paris 1971.
- VALTICOS, N. L'OIT et les droits de l'homme en 1968, Revue des droits de l'homme, 1969, p. 113–138.
- Les normes de l'OIT en matière de protection des droits de l'homme, Revue des droits de l'homme, 1971, p. 691–771.
- VAN DER VEN, F. J. Soziale Grundrechte, trad., Cologne 1963.
- VAN IMPE, H. Les droits économiques et sociaux constituent-ils une catégorie spécifique de libertés publiques?, «Homenaje al Prof. E. Sayagues-Laso», vol. 3, Madrid 1969, p. 41–48.
- VASAK, K. Les droits de l'homme en Afrique, Revue belge de droit international, 1967, p. 459–478.
- VINTU, I. Les droits et les libertés de l'homme en Roumanie, Revue roumaine des sciences sociales, 1968, p. 141–155.
- VOGEL-POLSKY, E. L'égalité de rémunérations masculines et féminines : le droit face à la réalité, Revue de droit contemporain, 1968, p. 53–82.
- WANNAGAT, G. Das Sozialrecht im sozialen Rechtsstaat, «Festschrift K. Jantz», Stuttgart 1968, p. 55–62.
- WENGLER, W. Die Unanwendbarkeit der Europäischen Sozialcharta im Staat, Berlin 1969.
- WESPI, K. Die Drittewirkung der Freiheitsrechte, Thèse Zurich 1968.

- WILDHABER, L. Soziale Grundrechte, Der Staat als Aufgabe, «Gedenkschrift für M. Imboden», Bâle 1972, p. 371–391.
- WIMMER, P. Freiheit in der Mitverantwortung für unseren Staat als Sozialstaat im Sinne des Grundgesetzes, Thèse Cologne 1967.
- WOLD, T. Droit à des services sociaux, Revue de la Commission internationale de juristes, 1968, p. 47–55.
- ZELLWEGER, E. Die Sozial- und Wirtschaftsrechte in einer neuen Bundesverfassung, Zbl. 1970, p. 321–330.

Abréviations

B.St.CE	Bulletin sténographique du Conseil des Etats
B.St.CN	Bulletin sténographique du Conseil national
FF	Feuille fédérale
JT	Journal des tribunaux
RDS	Revue de droit suisse
RO	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral
RS	Recueil systématique des lois fédérales
Zbl.	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung

Introduction

Les Tables de la Loi sont gravées dans la pierre. Le droit désirable glisse comme une eau courante et insaisissable. En Suisse, les droits sociaux ont cette forme fluide : souvent revendiqués, ardemment combattus, ils ne sont pas définis par le droit positif. L'expression même de «droit social» ne figure pas dans nos Constitutions, fédérale ou cantonales. Aussi bien vise-t-elle une institution dont le contenu, la nature et les effets sont mal connus. Il appartient au juriste de discerner les éléments d'une notion fréquemment invoquée, mais encore indéterminée.

Pourtant, la doctrine fixe plus volontiers son attention sur d'autres points. Elle cherche avant tout à analyser les liens existant entre les libertés individuelles que garantit l'Etat de droit démocratique et les droits sociaux qu'il pourrait reconnaître. Bien entendu, ces relations sont controversées. Certains opposent les libertés aux droits sociaux : alors que ceux-ci expriment la solidarité d'une communauté, «établissent le primat du collectif sur l'individuel»¹ et accroissent les compétences de l'Etat, celles-là obéissent à un idéal individualiste, reflètent la dignité de la personne humaine et limitent les pouvoirs de l'autorité²; les mêmes auteurs pensent dès lors que la reconnaissance des droits sociaux «dénature» la constitution et contredit notamment la garantie des libertés de s'établir, de conclure des contrats, d'exercer le droit de propriété ou une activité économique³; ils reprochent encore aux droits

¹ BURDEAU, t.VI, n° 168.

² HUBER, p. 152.

³ LAVALLEYE, p.25, écrit: «On constate souvent que, dans leur application, ces droits (sociaux) se trouvent en opposition avec les droits et libertés individuels, et la question se pose de savoir quel droit a la primauté sur un autre.» Voir également WILDHABER, p. 379, et les citations à la note 19.

sociaux de supprimer la responsabilité personnelle, de décourager l'initiative privée, d'abaisser le niveau intellectuel et moral du peuple souverain⁴, bref de conduire la démocratie au totalitarisme⁵; en définitive, ils qualifient d'antinomiques les notions de liberté fondamentale et de droit social et prédisent que rien ne saura les concilier⁶. D'autres juristes nient cette incompatibilité⁷ et considèrent bien plutôt que droits sociaux et libertés sont corollaires pour deux raisons: d'abord, la dignité des êtres humains exige que soient admises leur liberté et leur égalité, mais aussi leur fraternité, autrement dit la justice sociale⁸; ensuite, les droits sociaux contribuent à rendre effectives les libertés, en donnant aux individus les moyens d'en jouir⁹; ils estiment donc que les deux catégories de droits sont inséparables et forment une synthèse¹⁰. D'aucuns, enfin, conviennent qu'elles sont hétérogènes, voire opposées, mais ajoutent qu'il incombe au constituant, puis aux organes d'exécution, de les mettre en équilibre¹¹: assurément, maints droits sociaux restreignent des libertés; en conséquence, il importe de peser dans chaque cas les intérêts divergents¹², de rechercher les compromis possibles, de trouver le juste milieu¹³; en somme, ils diffèrent et se complètent à la fois¹⁴.

⁴ HUBER, p.154; SCHAMBECK, p.115 ss.; TOMANDL, p.7.

⁵ SCHAMBECK, p.117.

⁶ FORSTHOFF, *Der Staat der Industriegesellschaft*, p. 148.

⁷ M^{me} KUHN, p. 52, soutient que les arguments idéologiques dressés contre les droits sociaux sont des façades qui cachent un conflit entre des intérêts matériels. Voir aussi DORSEN, p. XII; WILDHABER, p. 372 ss.

⁸ KAEGI, p. 12; SCHNEIDER, p. 329; BREPOHL, p. 65 ss.

⁹ DELPÉRÉE, p.553; VALTICOS, p.114; VAN IMPE, p.47 s. STALINE ne relevait-il pas que seule est libre une société d'où sont absents le chômage, la mendicité, l'exploitation, la crainte de perdre son travail, son domicile ou ses moyens de vivre? Voir KUHN, p.64.

¹⁰ Tous ne sont cependant pas d'accord sur l'importance respective des deux groupes de droits: M^{me} REGENT-LECHOWICZOWA, p.83 ss., écrit qu'on ne saurait établir de hiérarchie entre eux, leur dépendance étant mutuelle, et leur union indissoluble; M. SZABO, p.44 ss., les place aussi sur un pied d'égalité, alors que M. SCHNEIDER, p.330, attribue aux droits sociaux une valeur subsidiaire.

¹¹ DARMSTAEDTER, p.12 ss.; KNAPP, p.348.

¹² WILDHABER, p.381.

¹³ TOMANDL, p. 11; ZELLWEGER, p. 329; voir LOHMAR, p. 49 ss.

¹⁴ RIVERO, p. 71; voir BURDEAU, t.VI, n° 169.

Etudiés pour eux-mêmes, ces problèmes sont d'ordre politique. Ils n'intéressent le juriste qu'une fois précisée la notion même de droit social. A cette fin, il s'agit d'abord d'analyser ses sources, qui se répartissent en deux groupes : d'une part, les doctrines de l'Etat qui, au cours de l'histoire, ont formulé peu à peu l'idée de droit social ; d'autre part, les normes qui l'ont progressivement introduite dans l'ordre juridique, interne et international ; en effet, aujourd'hui, les droits sociaux ne découlent pas seulement des constitutions étatiques, mais aussi des traités ; il y a donc lieu de vouer une attention particulière à la nature juridique de ces conventions internationales et aux conséquences qui en dérivent ; l'examen de leurs sources permettra au surplus de donner une vue d'ensemble des droits sociaux (première partie). Ensuite, il sera possible de les définir, de déterminer leur contenu et d'opérer des distinctions entre eux, au moyen des critères que fournit le droit positif. Il importera de caractériser enfin les diverses formes que peuvent prendre les normes relatives aux droits économiques, sociaux et culturels, de fixer leur structure, d'observer leurs effets, d'apprécier leurs avantages, de dénoncer leurs défauts et, pour conclure, de constater si elles se prêtent ou non à garantir sans inconvénient majeur des droits fondamentaux (seconde partie).

Première partie: Les sources

Elles se divisent en deux catégories, qu'il faut étudier séparément: d'un côté, les doctrines économiques et politiques qui ont formulé et réclamé ou combattu les droits sociaux (chapitre premier); de l'autre, les règles qui les ont formellement introduits dans l'ordre juridique (chapitre second). Les secondes dépendent étroitement des premières.

Chapitre premier: L'histoire

Le droit social est né de la conjonction de deux courants doctrinaux. Droit fondamental, il doit beaucoup de sa structure à l'école classique des droits de l'homme (§ 1). Mais il a un objet propre défini par de nombreux auteurs¹ qui tentent de répondre à la «question sociale» (§ 2).

§ 1. L'école classique des droits de l'homme

Pour découvrir ses origines et tracer son évolution, on peut distinguer cinq époques.

1. Au Moyen Age, les limites de l'autorité publique étaient posées surtout en faveur de l'Eglise, dont il fallait assurer l'indépendance

¹ Parmi eux, MARX et ses successeurs occupent une place importante. Mais il paraît peu utile d'étudier leurs œuvres pour elles-mêmes dans un rapport destiné à montrer le rôle que peuvent jouer les droits sociaux dans le système constitutionnel d'un Etat comme la Confédération suisse.

à l'égard du souverain. Elles ne touchaient guère la vie des individus, ce qui s'explique aisément. Les penseurs de l'Antiquité n'avaient pas conçu la liberté comme un droit, face à l'Etat, d'exercer son libre-arbitre sur certaines activités personnelles, mais plutôt comme une garantie du respect des lois, générales et abstraites, une prohibition de l'arbitraire ; ils justifiaient volontiers la forte emprise de la Cité sur divers aspects de la vie privée. La doctrine chrétienne vit dans l'homme un être libre, qui vise des fins propres, est pourvu de droits inhérents. Mais elle tenta avant tout de séparer le spirituel du temporel, et de soustraire le premier à l'influence du second ; cet objectif resta primordial pendant le Moyen Age. En outre, la notion même de l'Etat, doté de la puissance publique souveraine, avait disparu : un ordre hiérarchique s'y était substitué, qui divisait verticalement la société en «états». Il était généralement accepté et tenu pour un système idéal, voulu par Dieu, à l'abri des critiques. Il se construisait par des liens contractuels qui contribuaient à rendre supportables contraintes et sujétions². On comprend dès lors que l'idée des droits de l'homme ne soit pas née à cette époque.

2. C'est *sous la monarchie absolue* qu'elle vit le jour, car la position de l'individu y était toute différente. A la Renaissance, les rois ont affermi leur pouvoir et restauré l'Etat, mais la société politique a perdu ses fondements religieux. L'ordre social ne se présente plus comme immuable et choisi par Dieu, mais comme rationnel et issu de la volonté du souverain. Il ne repose plus sur des liens personnels (et parfois réels) entre l'homme et son suzerain, sa commune ou sa corporation, mais l'assujettit à une puissance publique abstraite. Cette révolution incita la doctrine de l'Etat à chercher dans le droit naturel une nouvelle définition des rapports entre l'individu et le pouvoir. A la fin du XVI^e siècle déjà, les scolastiques espagnols tenaient l'homme pour naturellement libre et faisaient dépendre d'un contrat l'autorité royale. Aux siècles suivants, la grande Ecole érigera d'abord le Droit de la Nature et des Gens en

² BREPOHL, p. 20ss. ; SCHAMBECK, p. 17.

une discipline autonome, qui découle de sources propres et principalement de la raison. D'accord avec les auteurs rationalistes, elle proclamera ensuite le libre – arbitre, le droit qu'a chacun de se déterminer selon sa raison, les libertés personnelles. Mais, entre cette doctrine et les faits, le contraste frappe: des servitudes qui survivent depuis le Moyen Age attachent les paysans³ à la terre; les artisans et les commerçants restent prisonniers de leur corporation⁴. En France surtout, une partie du Tiers Etat, intellectuelle et industrieuse, aspire à s'enrichir et à partager l'exercice du pouvoir. Elle ne saurait atteindre ces objectifs qu'en substituant à l'Ancien Régime celui des libertés individuelles.

3. *La Révolution française* lui donne l'occasion de les introduire dans le droit positif, comme l'indépendance des colonies américaines le leur a également permis⁵. Certes, il y a lieu de distinguer à maints égards entre la Déclaration des droits qui forme les dix premiers amendements de la Constitution américaine de 1787 et celle du 26 août 1789. La première fut proposée à la ratification des Etats de l'Union en 1789 et entra en vigueur le 15 décembre 1791: elle reflétait une méfiance naturelle envers le gouvernement fédéral créé par la Constitution, tout démocratique qu'il fût, protégeait les citoyens contre ses entreprises et ne restreignait ainsi que les pouvoirs des organes centraux; son but et sa portée étaient limités. La Déclaration française, adoptée avant la Constitution de 1791, en forme la première partie. La monarchie n'étant pas abolie, il importait de fixer des bornes à ses pouvoirs. D'un côté, elle devient un régime constitutionnel et l'article 3 de la Déclaration précise: «Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la Nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément.» Mais la Nation, corps indéfini, pour ne pas dire abstrait, ne saurait exercer elle-même la souveraineté. La Constitution (article 2 du Titre III) confie de larges préroga-

³ Ils forment les deux tiers environ de la population.

⁴ SCHALLER, p. 16ss.

⁵ JELLINEK, L'Etat moderne et son droit, vol.II, 1913, p.182ss., a montré qu'il faut chercher en Amérique l'origine des constitutions modernes.

tives au Roi et à un Corps législatif, élu au suffrage censitaire et à deux degrés. Il fallait donc freiner le pouvoir monarchique d'un autre côté encore : la Déclaration proclame des libertés que l'individu pourra opposer à tout gouvernement, démocratique ou non. Ses auteurs ne soulignent-il pas «que l'ignorance, l'oubli ou le mépris des droits de l'homme sont les seules causes des malheurs publics et de la corruption des gouvernements» et qu'ils ont, dès lors, «résolu d'exposer, dans une Déclaration solennelle, les droits naturels, inaliénables et sacrés de l'homme»? Les articles 1 et 2 reconnaissent trois droits principaux : à l'égalité, à la liberté et à la propriété. Or ces notions sont antinomiques : l'égalité ne saurait être assurée si la liberté est entière et si la propriété, toujours également répartie, est protégée; en outre, la propriété, pouvoir exclusif d'un homme sur une chose, élève des obstacles à la liberté des tiers et inversement celle-ci s'oppose à la garantie d'un tel pouvoir. Pour se concilier, elles reçoivent un sens relatif : «Ainsi l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits.» (article 4). Le principe de l'égalité ne touche que les relations juridiques entre l'individu et l'Etat (égalité dans la loi, article 6, et devant les contributions publiques, article 13); les domaines économique et social lui échappent. Le droit à la liberté garantit d'abord la protection des lois, ensuite l'autonomie de la personne dans certaines de ses activités (liberté d'opinion et de religion, article 10, d'expression, orale ou écrite, article 11). Quant au droit de propriété, «nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité» (article 17). Tous trois marquent la fin de l'Ancien Régime et sont dirigés principalement contre le pouvoir royal : le premier abolit les priviléges autant qu'ils ne sont pas «fondés sur l'utilité commune»; le deuxième interdit l'arbitraire; le dernier donne au citoyen les moyens d'affirmer son indépendance à l'égard de l'Etat. Ils obéissent à un idéal élevé, mais doivent aussi favoriser le Tiers Etat commerçant, intellectuel, artisan, bientôt industriel; ils s'étendront en Europe au siècle suivant et permettront à la classe bourgeoisie de le dominer. Enfin, répondant aux aspirations d'une so-

ciété individualiste, ils servent les intérêts des personnes, et non des groupes⁶.

4. *Au XIX^e siècle*, le peuple devient un organe de l'Etat; il participe à l'exercice de la puissance publique. Partant, les droits de ses membres trouvent leur place dans l'ordre constitutionnel; ils évoluent à un double titre. D'une part, ils sont inscrits dans des règles positives et santionnés par des recours judiciaires, qui permettent à chacun d'élever contre l'Etat des prétentions précises, alors que la Déclaration de 1789 se contentait de formuler des principes généraux, dépourvus de portée juridique définie. D'autre part, on distingue les libertés personnelles, qui limitent le pouvoir de l'Etat et autorisent les individus à exiger son abstention dans certaines de leurs activités, des droits politiques, qui mettent les citoyens en mesure de participer à l'exercice de la puissance publique.

Mais cette évolution est lente, dans la doctrine comme dans les faits⁷ jusqu'à ce que paraisse une théorie de grande envergure, le «Système des droits publics subjectifs» de GEORG JELLINEK⁸. Ses principales conclusions jouiront d'une grande influence et méritent d'être rappelées. L'Ecole du Droit de la Nature et des Gens avait déjà identifié le droit subjectif à la volonté et à la liberté. Comme l'acte de volonté a nécessairement un objet, celui-ci peut être élevé au rang de bien juridiquement protégé par le droit objectif, qui reconnaît en même temps l'intérêt subjectif de l'individu à son égard. JELLINEK définit par suite le droit subjectif comme le pouvoir, protégé par l'ordre juridique, et reconnu à un individu, de soumettre à sa volonté un bien, un intérêt; en droit public, ce pouvoir autorise l'individu à se prévaloir d'une norme dans son intérêt

⁶ La Déclaration du 26 août 1789 ne reconnaît pas la liberté d'association. Les corporations avaient été abolies dans la nuit du 4 août. Leur rétablissement fut interdit par la loi dite «Le Chapelier», adoptée le 22 mai 1791, qui garantit par contre la liberté du commerce et de l'industrie et en fait un droit strictement individuel.

⁷ Elle fut moins rapide en Europe qu'aux Etats-Unis d'Amérique, où la Cour Suprême a toujours admis les individus à faire valoir les droits qu'ils tirent directement de la Constitution; cf., par exemple, pour l'article 1^{er}, section 10, *Fletcher v. Peck*, 6 CRANCH 87 (1810). Voir également VAN DER VEN, p. 51ss.

⁸ Sa première édition date de 1892.

personnel, face à l'Etat⁹. Ainsi comprise, la notion de droit public subjectif renferme des éléments formels (elle suppose la capacité juridique et se fonde sur la personnalité de l'ayant droit) et matériels (l'intérêt reconnu n'est pas purement particulier à l'individu, mais aussi général, et il ne lui est pas garanti comme à un être isolé, mais en sa qualité de membre de la communauté étatique). Le droit privé subjectif s'en distingue essentiellement : il suppose un pouvoir de disposition et peut donc, par la volonté de son détenteur, en être séparé ; il touche des relations nouées entre des personnalités de même rang, qui ne sont pas augmentées ni diminuées par sa naissance ou son extinction ; bref, il est un *Dürfen*. En revanche, le droit public subjectif dépend d'un lien particulier entre l'individu et l'Etat : il repose sur un statut que le second reconnaît au premier et reste inséparable de la personnalité ; son titulaire ne peut donc pas en disposer, c'est un *Können*.

Au XIX^e siècle, une partie de la doctrine¹⁰ considérait le droit public subjectif comme une illusion, un simple reflet du droit objectif : d'une part, il a pour corollaire une obligation de l'Etat et d'autre part, il est protégé par ce dernier ; pour remplir ce double devoir, d'obligée et de garante, la collectivité doit prescrire à ses organes l'abstention ou l'exercice de certaines activités ; elle édicte à cet effet un droit objectif qui est la seule réalité, et dont le droit subjectif n'est qu'un reflet. Sans contester les prémisses de ce raisonnement, JELLINEK en rejette la conclusion. A ses yeux, il faut opérer une distinction, dont le critère est d'ailleurs formel, entre les règles de droit public qui font naître une prétention individuelle et créent donc un droit subjectif, et celles qui, servant sans doute des intérêts personnels à côté de l'intérêt général, n'ont cependant pas pour but d'élargir la sphère juridique d'individus déterminés et ne peuvent ainsi agir sur elle que par des reflets¹¹.

Le droit public subjectif se fonde sur la personnalité de son titulaire. Celle-ci comprend diverses facultés, que l'Etat reconnaît à l'individu en raison des liens qui les attachent l'un à l'autre, et dont il ne saurait le dépouiller sans lui faire subir une *capitis di-*

⁹ JELLINEK, p.44.

¹⁰ Voir JELLINEK, p.67s.

¹¹ JELLINEK, p. 70.

minutio (en régime démocratique, la privation des droits civiques, par exemple). Elle n'est donc pas elle-même un droit, mais elle forme un ensemble de statuts auxquels ressortissent des droits. L'Etat moderne la protège parce qu'il entend exercer son autorité sur des hommes libres. Aussi limite-t-il son pouvoir à deux égards : d'abord, il respecte la frontière qu'il a tracée entre son propre champ d'activité et celui où les êtres humains sont libres ; ensuite, il les autorise à exiger de sa part, selon des voies juridiques, une intervention sous la forme d'un *dare, facere ou praestare*. Reposant sur les rapports divers entre l'individu et l'Etat, la personnalité se compose de plusieurs statuts différents : par son *status passivus (subjectionis)*, l'individu est d'abord soumis à certains devoirs envers l'Etat ; il est ensuite doté, en vertu de son *status negativus (libertatis)* d'une sphère d'activité à l'abri de toute ingérence de l'Etat ; puis, son *status positivus (civitatis)* lui permet d'exiger de sa part des prestations, notamment l'utilisation de ses services publics ; enfin, le *status activus* lui attribue la qualité de citoyen et l'autorise à agir pour l'Etat en exerçant des droits politiques proprement dits¹².

De ces trois derniers statuts découlent des droits publics subjectifs dont le nombre peut varier. La Déclaration de 1789 et les Constitutions de 1791 et 1793 n'en prévoyaient guère, puisqu'elles énonçaient des principes généraux sans portée juridique définie, à l'exception des règles sur le droit de vote. Le statut actif fut ainsi le premier à conférer des droits subjectifs, et il se développe tout au cours du XIX^e siècle, le suffrage s'étendant jusqu'à devenir universel, en France et en Suisse dès 1848. Parallèlement, les libertés individuelles, qui ressortissent au statut négatif, s'étendent peu à peu à des activités diverses, l'expression d'opinion, les pratiques religieuses, la presse, le fait de s'associer, de se réunir et de s'établir, pour ne parler que des principales. Leur essor est également dû au triomphe du «spontanéisme économique»¹³, qui ne suppose pas seulement la liberté du commerce et de l'industrie, mais aussi celles de s'établir et de créer des sociétés, ainsi que la garantie de

¹² JELLINEK, p. 86 ss.

¹³ SCHALLER, p. 105 ss. Voir ÖSTREICH, p. 92.

la propriété privée. Assurément, celle-ci n'appartient pas qu'au statut négatif: elle implique que l'Etat maintienne et réglemente les droits réels, s'abstienne d'exproprier (sauf pour cause d'intérêt public et contre indemnité) et protège les biens des particuliers¹⁴. La propriété est donc à la fois une institution que l'Etat doit sauvegarder et un droit dont en principe il ne saurait entraver l'exercice. Sa garantie est liée aux libertés individuelles, car elle donne les moyens d'en jouir¹⁵; pour bénéficier des libertés de la presse et de l'industrie, mieux vaut être propriétaire d'une imprimerie ou d'une usine, comme le faisait remarquer MARX, qu'il est difficile de contredire sur ce point¹⁶. En conclusion, il importe de considérer en relation étroite les droits politiques, les libertés personnelles et la propriété privée, dont le développement est conjoint au XIX^e siècle, en doctrine et dans les faits. Par contre, le statut positif reste secondaire. JELLINEK lui-même n'en déduit guère que le droit de réclamer à l'administration certains services, par exemple la délivrance d'un document, l'octroi d'une autorisation, l'accès au tribunaux¹⁷. Certes, il n'exclut pas que l'on puisse en tirer d'autres droits, qui permettraient d'exiger des prestations de caractère social; mais il renonce à étudier longuement cette hypothèse, qu'il paraît juger académique¹⁸.

5. Au XX^e siècle, l'Etat doté d'institutions démocratiques et limité par les libertés individuelles est l'exception plutôt que la règle. Sur tous les continents, les régimes totalitaires foisonnent, et avec eux des doctrines peu favorables aux droits de l'homme¹⁹. Toutefois, une réaction libérale a suivi la seconde guerre mondiale, du

¹⁴ Mettre à la disposition des propriétaires volés son appareil judiciaire et policier, voilà l'une des principales tâches de l'«Etat gendarme».

¹⁵ Elle n'est d'ailleurs pas sans relation non plus avec les droits politiques, qui sont restreints par le cens électoral pendant une grande partie du XIX^e siècle. Voir VAN IMPE, p. 44ss.

¹⁶ TOUCHARD, vol. II, p. 637ss.

¹⁷ JELLINEK, p. 114ss.

¹⁸ Ibidem, p. 133.

¹⁹ Celles-ci ne répudient pas toujours les enseignements de l'école classique des droits de l'homme, qui se prêtent à des interprétations divergentes, voire contradictoires, comme l'a montré le professeur PETER SCHNEIDER, p. 318ss.

moins dans une grande partie de l'Europe occidentale. La Constitution italienne, qui est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1948, complète la liste des droits déjà prévus par le Statut de 1848: alors que celui-ci garantissait l'égalité devant la loi, les libertés personnelles, de la presse et de réunion, l'inviolabilité du domicile et la propriété privée, celle-là reconnaît en outre la liberté de résidence, d'association, de culte, de pensée et d'enseignement, le secret de la correspondance, le droit à la capacité juridique, à la nationalité et au nom, ainsi que le droit de vote.

Quant à la Loi Fondamentale de la République fédérale d'Allemagne, elle s'ouvre par un catalogue semblable des libertés classiques (conscience, croyance et religion; expression orale et écrite, presse; enseignement; réunion, association, syndicat; établissement; choix de la profession; garantie de la propriété privée); elle proclame l'inviolabilité du secret postal et des habitations et réglemente l'objection de conscience. A la différence de sa devancière de 1875, la Constitution française du 27 octobre 1946 se réfère expressément, dans son préambule, à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et y ajoute le droit d'asile²⁰; la Constitution du 4 octobre 1958 renvoie à la précédente.

La doctrine tient aujourd'hui les libertés individuelles pour un des fondements de l'Etat démocratique, qu'il s'agisse de la Suisse ou des pays qui l'entourent. A ce titre, elles ne doivent pas garantir seulement l'abstention de l'Etat dans certains champs d'activité humaine, mais aussi sauvegarder les institutions démocratiques et permettre leur fonctionnement²¹.

§ 2. La question sociale

1. *Durant l'Antiquité et le Moyen Age*, la question sociale ne préoccupe guère la doctrine. Mais dans les faits, elle reçoit des réponses qui valent d'être rappelées. Encore que les auteurs en parlent peu,

²⁰ Elle souffre de deux lacunes, d'ailleurs comblées par la loi: les libertés d'association et d'enseignement n'y sont pas inscrites. Voir PELLOUX, p.33.

²¹ Voir, pour la doctrine suisse, BLOCH, p.13ss.; SALADIN, p.295ss., et les ouvrages cités.

l'esclavage est l'une des principales institutions de la société antique, car il lui fournit une main-d'œuvre abondante, bon marché et dépourvue de tout droit. L'esclave, utilisé pour les travaux publics, l'artisanat et même le commerce, est, selon ARISTOTE, l'objet d'une «propriété instrumentale animée»¹. Son activité dispense la plupart des citoyens de travailler et leur permet de se consacrer aux affaires publiques. Sa situation matérielle pose peu de problèmes, car son maître a intérêt à le nourrir, le loger et le vêtir, ou à le vendre. Le citoyen romain semble avoir travaillé plus que le grec ; mais l'Etat, surtout depuis l'Empire, dirige fermement l'économie, fixe les prix et les salaires, interdit aux hommes libres de quitter le métier hérité de leur père, enrôle dans ses armées ceux qui n'ont pas de travail ou les envoie coloniser les territoires conquis².

Le christianisme éveille des idées nouvelles, qui exercent leur influence au Bas-Empire et surtout au Moyen Age. Sans réclamer l'abolition de l'esclavage, il enseigne que, devant Dieu, les esclaves sont les égaux du maître, qui est encouragé à les bien traiter. La société médiévale maintient donc, sous une forme un peu atténuée, le lien servile et en crée deux autres, qui ont pour cause la décomposition de l'Etat et pour fondement, un pacte. Le premier, féodal, repose sur une convention par laquelle le vassal s'engage à l'obéissance et le seigneur promet, outre le respect de certaines libertés, un soutien matériel, une protection ; un fief confié par le suzerain garantit ces stipulations, en même temps qu'il donne au vassal des moyens de subsistance. Le second lien unit les membres des corporations ; il leur impose des obligations multiples, mais leur confère des droits importants : d'abord le droit au travail (le corps de métier répartit également les tâches disponibles entre les compagnons), ensuite le droit à l'assistance (la corporation crée un fonds commun et verse des subsides pendant les crises)³. Les rapports politiques et sociaux ayant une même origine contractuelle, il est difficile de distinguer entre eux ; leur séparation n'aura lieu qu'après

¹ Voir TOUCHARD, vol. I, p. 11.

² SCHALLER, p. 15.

³ SCHALLER, p. 19s.

la renaissance de l'Etat⁴. Pour l'heure, les «droits sociaux» des individus dépendent de leur attachement, qui devient rapidement héréditaire, à un seigneur ou à un corps de métier; ils ont pour contrepartie de lourdes servitudes. Au reste, ils sont le privilège d'une partie seulement de la population: l'autre, exclue des liens serviles, féodaux ou corporatifs, par suite rejetée de la société, est réduite à des expédients, voire au brigandage et à la mendicité.

2. *La monarchie absolue* laisse la grande majorité de ses sujets dans une situation précaire. Les paysans sont soumis à des obligations étendues sans qu'en échange, la sécurité leur soit garantie. Les artisans et commerçants, membres d'une corporation, bénéficient encore de ses avantages. Mais, d'une part, ceux-ci apparaissent de plus en plus comme les priviléges d'une minorité et, d'autre part, ils sont compensés par de sévères restrictions à la liberté économique⁵. En édictant, dès la fin du XVI^e siècle, une remarquable loi sur l'assistance publique, l'Angleterre se singularise. Son exemple sera d'autant moins suivi qu'il est critiqué par la doctrine anglaise du spontanéisme⁶. Quant à l'école classique des droits de l'homme, elle se contente d'énoncer des libertés civiles ou politiques et se préoccupe peu de la question sociale. Certes, le droit naturel «n'exclut pas le devoir réciproque d'assistance mutuelle»⁷, mais il ne l'impose pas davantage. Et on ne saurait se méprendre sur ce passage souvent cité de l'«*Esprit des Lois*»: «Un homme n'est pas pauvre parce qu'il n'a rien, mais parce qu'il ne travaille pas. Celui qui n'a aucun bien et qui travaille est aussi à son aise que celui qui a cent écus de revenu sans travailler. Celui qui n'a rien et qui a un métier n'est pas plus pauvre que celui qui a dix arpents de terre en propre, et qui doit les travailler pour subsister... Dans les pays de commerce, où beaucoup de gens n'ont que leur art, l'Etat est souvent obligé de pourvoir aux besoins des vieillards, des malades et des orphelins. Un Etat bien policé tire cette subsistance du

⁴ KUHN, p. 53.

⁵ Turgot tentera de soustraire l'économie à ces entraves, en supprimant les corporations, mais sa réforme échouera. Voir SCHALLER, p. 21 s.

⁶ Ibidem, p. 105 ss.

⁷ SCHNEIDER, p. 321.

fonds des arts mêmes; il donne aux uns les travaux dont ils sont capables; il enseigne les autres à travailler, ce qui fait déjà un travail. Quelques aumônes que l'on fait à un homme nu dans les rues ne remplissent point les obligations de l'Etat, qui doit à tous les citoyens une subsistance assurée, la nourriture, un vêtement convenable et un genre de vie qui ne soit point contraire à la santé.»⁸ Montesquieu émet ces réflexions dans le Livre consacré aux problèmes sociaux et démographiques. Il y exprime des avis politiques dont il n'entend pas tirer des droits individuels. Au demeurant, les révolutionnaires américains, sur lesquels il exercera une profonde influence, refuseront de proclamer quelque droit social que ce soit. En 1776 déjà, la Déclaration des Droits de la Virginie interdit à l'Etat de fournir une assistance aux particuliers⁹. Sans aller jusqu'à les proscrire expressément, la Constitution de 1787 et ses dix premiers amendements ne garantissent pas les droits économiques, sociaux et culturels.

3. *La Révolution française* apporte à la question sociale des réponses plus nuancées, qui évoluent d'ailleurs entre 1789 et 1794. La Déclaration du 26 août ne touche pas expressément les domaines économique, social et culturel¹⁰, sauf à l'article 13, qui assure l'égalité devant l'impôt, et à l'article 17, qui garantit la propriété privée. Aussi lui a-t-on parfois reproché de ne renforcer que la sphère privée de l'individu et d'encourager son égoïsme, au lieu de construire une société nouvelle sur les ruines de l'Ancien Régime. Mais on a également pu relever qu'elle crée un nouvel ordre social, en abolissant les priviléges et en assurant à chacun une position égale en face de l'Etat: au reste, le préambule ne vise-t-il pas «au bonheur de tous» et à ce «que cette Déclaration,

⁸ MONTESQUIEU, De l'Esprit des Lois, Livre XXIII, chapitre XXIX: Des hôpitaux.

⁹ L'article 4 dispose: «That no man, or set of men, is entitled to exclusive or separate emoluments or privileges from the community, but in consideration of public services».

¹⁰ En particulier, l'article 16 («Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée... n'a point de constitution») ne semble pas viser ces domaines, en dépit de sa formulation aussi large qu'ambiguë. Voir PELLOUX, p. 16.

constamment présente à tous les membres du corps social, leur rappelle sans cesse leurs droits et leurs devoirs»¹¹?

S'il est donc vrai que l'Assemblée constituante cherche d'abord à établir le statut négatif de l'individu, il n'est pas moins certain qu'elle se préoccupe aussi des problèmes sociaux. Quant elle interdit les corporations, par la loi du 27 mai 1791, et prive de sa sécurité une partie des artisans et des commerçants, elle édicte en contrepartie la règle suivante: «C'est à la Nation et aux officiers publics à fournir du travail à ceux qui en ont besoin pour leur existence, et à donner des secours aux infirmes.»¹² Ainsi, il ne lui échappe pas qu'elle ne saurait placer les êtres humains seuls face à leur employeur et à l'Etat sans assurer leur subsistance. Mais elle n'a pas le temps d'exécuter son programme, qui est bientôt dépassé.

Le 20 septembre 1792 se réunit la Convention nationale, qui proclame la république, condamne Louis XVI à mort et prépare une nouvelle constitution. Elle écarte un premier projet, élaboré par les Girondins et qu'elle juge trop modéré. Sous l'influence des Montagnards, elle vise un but autrement ambitieux que celui de la Constituante: il ne s'agit plus seulement de proclamer l'égalité devant la loi, mais de soulager la misère et de faire régner la justice sociale. Dès lors, la propriété privée est définie moins comme un droit naturel, «inviolable et sacré», que comme un principe constitutionnel ordinaire, d'ailleurs susceptible de restrictions sévères¹³. Le droit de la personne à l'existence étant considéré comme essentiel, des dispositions sociales sont introduites dans la Constitution adoptée par la Convention le 24 juin 1793. Comme sa devancière de 1791, elle est précédée par une Déclaration des droits de l'homme et des citoyens, parmi lesquels figurent d'importants droits sociaux. L'article 18 interdit de réduire un individu à l'état de servitude. L'article 21 consacre le droit à l'assistance publique et au travail: «Les secours publics sont une dette sacrée. La société doit la sub-

¹¹ BREPOHL, p.34ss.; KUHN, p. 53ss.

¹² SCHALLER, p.23.

¹³ Il faut rappeler que le droit de propriété a subi entre-temps une grave atteinte quand les biens de l'Eglise ont été nationalisés et ceux de la Couronne et des émigrés, séquestrés. Voir KUHN, p.56.

sistance aux citoyens malheureux, soit en leur procurant du travail, soit en assurant les moyens d'exister à ceux qui sont hors d'état de travailler.» Enfin, l'article 22 garantit le droit à l'enseignement: «L'instruction est un besoin de tous. La société doit favoriser de tout son pouvoir les progrès de la raison publique et mettre l'instruction à la portée de tous les citoyens.»

La guerre, civile et extérieure, empêche que soit mise en vigueur la Constitution de 1793. Après la chute des Jacobins en thermidor, la Convention accepte une Constitution plus conservatrice, dite de l'An III. La Révolution, qui a été faite par les bourgeois avec l'aide d'une partie du prolétariat, s'achève au profit des premiers. Elle ne tient pas ses promesses à l'égard du second, qui perd la liberté de coalition et celle de résister à l'oppression, se voit dépouillé de ses droits sociaux et politiques et ne conserve que la garantie, toute théorique, de l'égalité civile.

4. Au XIX^e siècle, la question sociale devient aiguë, car le prolétariat croît en nombre sans gagner en prospérité et revendique des droits que l'Etat, dominé par les idées libérales, refuse de lui reconnaître (a). Les doctrines «socialistes» dénoncent le mal, analysent ses causes et préconisent des remèdes (b), que la Révolution de 1848 cherchera vainement à administrer, en Allemagne comme en France (c).

a) Deux phénomènes, l'un économique, l'autre politique, aggravent la situation des prolétaires. D'abord, l'économie, naguère fragmentée, régionale, autarcique, devient nationale; aux petites unités agricoles et artisanales succèdent des entreprises plus vastes, qui exigent d'importants investissements, le recours à l'emprunt et de nombreux employés; entre les diverses branches de l'économie, une dépendance se crée. Ensuite, le fossé entre le droit public et le droit privé, que la Révolution a contribué à creuser, s'approfondit encore; les rapports de travail sont soumis au droit privé, dominé par le principe de l'autonomie des parties et permettant à l'employeur de traiter et surtout de congédier ses ouvriers à son gré. Aussi ne sont-ils pas protégés par l'ordre juridique contre les conséquences d'un chômage que l'économie collective rend fréquent¹⁴.

¹⁴ KUHN, p. 73s.; SCHALLER, p. 23ss.

De leur côté, la bourgeoisie et une partie de l'ancienne aristocratie convertie au dogme libéral conquièrent les libertés individuelles. Elles se servent du pouvoir que leur donne le capital et que l'Etat s'abstient de restreindre, pour s'enrichir aux dépens des salariés. Ceux-ci, astreints à une sujétion économique aussi étroite que sous l'Ancien Régime, ne jouissent plus de la relative sécurité qu'il leur garantissait: ils sont à la merci, non seulement des décisions de leur employeur, mais encore d'une crise et du chômage. Tantôt surmenés par un horaire de travail inhumain, tantôt privés d'emploi, ils ne bénéficient pas en fait des droits de l'homme et paraissent plutôt en souffrir. Ils ne s'en préoccupent donc guère; prenant peu à peu conscience de leurs intérêts propres, ils réclament les réformes sociales qui devraient améliorer leur situation¹⁵. La Révolution industrielle, en favorisant leur concentration, leur donne une cohésion qui se renforcera. Le libéralisme, en affaiblissant la puissance publique, leur permettra parfois de triompher, notamment en 1848, et il faudra des réactions autoritaires pour mettre fin à leur succès¹⁶.

Alliés en 1789, bourgeois et prolétaires deviennent adversaires. Les premiers s'opposent aux revendications des seconds, par principe et par intérêt, avec l'aide de l'Etat, qu'il soit absolutiste ou non. Les libéraux eux-mêmes, progressistes pourtant sous l'Ancien Régime et la Restauration, luttent contre les mouvements ouvriers: d'un côté, ils craignent que les réformes sociales confèrent à l'Etat des compétences nouvelles, restreignent les droits de l'homme et affaiblissent la garantie de la propriété privée; d'un autre côté, ce sont pour la plupart des bourgeois, qui défendent les libertés individuelles chèrement acquises, en raison des priviléges qu'ils entrent, au détriment du prolétariat précisément.

b) Mais aux aspirations matérielles des salariés font écho les idées de nombreux auteurs, dont on ne saurait rappeler ici que les principales. SAINT-SIMON met en évidence la portée des phénomènes économiques et la nécessité de les maîtriser afin d'améliorer la si-

¹⁵ BREPOHL, p. 37ss.

¹⁶ En 1871, la «Commune» de Paris est matée comme ont été réprimés les soulèvements de juin 1848.

tuation des classes les plus pauvres¹⁷. FOURIER ne se contente pas de critiquer le système «industriel» et libéral; il affirme le droit de chacun à l'existence et au travail, qui répond pour lui à un commandement de Dieu; pour y obéir, il faut créer de petites sociétés closes, les phalanstères, qui garantissent à tous leurs membres, grâce à diverses innovations, une activité à la fois productive et attrayante¹⁸. CONSIDÉRANT parvient à la même conclusion, mais à la suite d'un raisonnement différent; il distingue entre le capital naturel (la terre) et le capital produit (par le travail); s'il trouve légitime que le second soit acquis à son auteur, il juge inévitable sans doute, mais injuste, que le premier soit inégalement réparti entre les hommes et pense qu'en compensation la société doit garantir à chacun au moins une fraction appropriée du capital produit, autrement dit le droit au travail¹⁹. Pas plus que SAINT-SIMON et FOURIER, CONSIDÉRANT ne s'en prend à la propriété privée ou à la faculté d'en hériter, ainsi qu'aux institutions politiques de son temps. En revanche, c'est aux uns et aux autres que s'opposera PROUDHON²⁰. Quant à LOUIS BLANC, il lie également le progrès social à une réforme économique et à la révolution politique; selon lui, le laissez-faire engendre le chômage, les libertés individuelles sont inutiles et même nuisibles aux ouvriers; il appartient à l'Etat, une fois la démocratie instaurée, de garantir le droit au travail en créant des entreprises nationales, les «ateliers sociaux»²¹. Dès 1830, les droits sociaux figurent dans les programmes des partis révolutionnaires, en Allemagne comme en France. Ainsi, une sorte de paraphrase de la Déclaration jacobine de 1793 paraît en 1834, sous les auspices de la Société radicale-républicaine des droits de l'homme et du citoyen, puis est bientôt traduite en allemand. Elle proclame six droits principaux: à la sécurité, à l'existence, au développement de la personne, à la liberté, à la résistance contre

¹⁷ MOSCA, p. 239 ss.

¹⁸ Théorie de l'Unité universelle, 2^e éd., Paris 1841. Voir SCHALLER, p. 30 ss.

¹⁹ Théorie du droit de propriété et du droit au travail, Paris 1848. Voir SCHALLER, p. 32 s.

²⁰ Théorie de la propriété, Bruxelles 1866; Système des contradictions économiques ou philosophie de la misère, 3^e éd., Bruxelles 1867.

²¹ SCHALLER, p. 53 ss.

l'oppression et à la liberté. Elle exerce une profonde influence et contribue à propager les idées sociales de Robespierre²². De son côté, FERDINAND LASSALLE, «socialiste nationaliste», comptait sur l'Etat pour réaliser son *Programme ouvrier*, qui prévoyait notamment la liberté du travail, des salaires minimaux, le suffrage universel, l'égalité sociale; selon lui, ces buts de bien public devaient être atteints par l'intervention directe de l'Etat, ou avec son aide.

Ce bref rappel des idées socialistes au XIX^e siècle serait incomplet s'il n'évoquait également celles de MARX. L'auteur du «Manifeste des communistes» juge insuffisants les progrès issus de la Révolution française et illusoires les libertés individuelles. Sous l'Ancien Régime, la société formait une unité: les corporations artisanales ou commerçantes, les communautés rurales accomplissaient à la fois des tâches privées et publiques. Désormais, elle se distingue de l'Etat, le droit public se séparant du droit privé. D'un côté, l'Etat se contente d'exercer des activités essentiellement policières. De l'autre, la société est composée d'hommes qui usent de leur liberté pour rechercher un profit personnel. Cette liberté est pernicieuse, dès lors que certains (au XIX^e siècle, les bourgeois) disposent des moyens de production et peuvent s'en servir pour exploiter les prolétaires. Instrument d'oppression aux mains de quelques-uns, elle est source d'aliénation pour les autres. La société est divisée en deux classes condamnées à se combattre, la première pour s'enrichir, la seconde pour survivre²³. La lutte ne cessera, et l'être humain ne deviendra véritablement libre qu'au prix d'une révolution complète. C'est dire que la propriété privée des moyens de production doit être abolie et que la transformation de l'«infrastructure économique» conduira à un changement de la «superstructure politique» et permettra la disparition de l'Etat, du moins en tant qu'appareil de répression et de violence. Par suite, les êtres humains atteindront leur plénitude d'être libres, égaux et fraternels; disposant ensemble des moyens de production, ils ne seront plus aliénés de leur travail mais intégrés à lui et satisferont leurs besoins matériels et moraux. Il faut relever enfin que MARX

²² ÖSTREICH, p. 93 s.

²³ TOUCHARD, p. 640 ss.

ne dépeint pas l'«organisation sociale» qui se substituera à l'Etat disparu, ne serait-ce que pour assurer les services publics nécessaires, ne définit pas les droits que l'individu pourra faire valoir contre la communauté et se borne à prédire l'institution «provisoire» d'une «dictature du prolétariat», régime qui ne reconnaît pas les droits de l'individu comme tel.

Cet exposé sommaire appelle deux conclusions. D'une part, les auteurs du XIX^e siècle qui formulent et réclament les droits sociaux, n'en conçoivent guère l'application par l'Etat libéral; tous jugent nécessaires de profondes réformes sociales, économiques ou politiques, que certains envisagent sous une forme utopique et d'autres d'une façon plus réaliste. D'autre part, ils ne donnent pas des droits sociaux une définition juridique; ils se contentent de prétendre que les relations entre l'individu et la société s'en trouveront améliorées, qu'à la sécurité matérielle s'ajoutera une libération morale.

c) Tout au cours du XIX^e siècle, des particuliers cherchent à réaliser, de leur propre initiative, certains programmes sociaux²⁴. Mais ceux-ci n'apparaissent guère dans les textes constitutionnels qu'en 1848. Ils figurent dans les projets élaborés par le Parlement de Francfort, sous une forme d'ailleurs modérée, car la proposition d'introduire le droit au travail est expressément repoussée par les députés²⁵. En Allemagne, la Révolution avorte rapidement, et les tentatives pourtant timides de réforme sociale n'aboutissent pas: pour l'essentiel, le droit public reste confiné dans les compétences de l'Etat gendarme et le droit privé demeure marqué par la distinction entre les classes sociales; mais il faut relever que, dès 1883, l'Empire promulgue plusieurs lois sur les assurances maladie, accidents, invalidité, vieillesse et sur la protection des salariés (limitation des horaires de travail des femmes et des enfants, interdiction du travail le dimanche)²⁶.

²⁴ Par exemple, les entreprises philanthropiques et communistes de RICHARD OWEN, en Angleterre et au Canada, ou les phalanstères créés en France, aux Etats-Unis, en Russie. Voir MOSCA, p. 236; TOUCHARD, p. 554 et 565.

²⁵ ÖSTREICH, p. 83.

²⁶ Ibidem, p. 97s.

En France, le gouvernement provisoire crée, dès le 26 février 1848, des ateliers nationaux. Institués à la hâte, le lendemain de la Révolution, mal organisés et insuffisamment financés, ils doivent être fermés quatre mois plus tard, le 21 juin, au prix d'une insurrection durement réprimée²⁷. Quant à l'Assemblée constituante, réunie le 4 mai, elle est saisie d'un projet de Déclaration des devoirs et des droits du citoyen, qui prévoit le droit au travail, à la formation et à l'assistance. L'article 7 dispose: «Le droit au travail est celui qu'a tout homme de vivre en travaillant. La société doit, par les moyens productifs et généraux dont elle dispose, et qui seront organisés ultérieurement, fournir du travail aux hommes valides qui ne peuvent s'en procurer autrement.» L'article 132 prévoit: «Les garanties essentielles du droit au travail sont: la liberté même du travail, l'association volontaire, l'égalité des rapports entre le patron et l'ouvrier, l'enseignement gratuit, l'éducation professionnelle, les institutions de prévoyance et de crédit, et l'établissement par l'Etat de grands travaux d'utilité publique, destinés à employer, en cas de chômage, les bras inoccupés.» L'article 9 ajoute: «Le droit à l'assistance est celui qui appartient aux enfants abandonnés, aux infirmes et aux vieillards de recevoir de l'Etat des moyens d'exister.» Après l'échec des ateliers nationaux et les sanglantes journées de juin, l'Assemblée rejette ces dispositions, redoutant leurs conséquences²⁸, et se contente d'écrire dans le Préambule de la Constitution: «La République doit, par une assistance fraternelle, assurer l'existence des citoyens nécessiteux, soit en leur procurant du travail dans la limite de ses ressources, soit en donnant, à défaut de la famille, des secours à ceux qui sont hors d'état de travailler.» Il ne semble pas que cette disposition confère de droit subjectif à l'individu; au surplus, l'obligation de l'Etat est limitée, s'agissant du travail, à ses possibilités financières, et subsidiaire, pour l'assistance, par rapport à la dette alimentaire des proches.

La seconde moitié du XIX^e siècle est, plus encore que la première, dominée par la doctrine libérale. La plupart des Etats européens

²⁷ MOSCA, p. 247; SCHALLER, p. 55ss.

²⁸ Sur ses débats, voir SCHALLER, p. 59ss.

adoptent une constitution et y inscrivent des libertés personnelles, mais sans reconnaître les droits sociaux²⁹. Enfin, en ce qui concerne ceux-ci, les lois restent rares et ne comblent qu'imparfaitement les lacunes laissées par les textes constitutionnels.

5. Au XX^e siècle, la plupart des auteurs qui se préoccupent de la question sociale sont plus réalistes, mais moins originaux qu'au précédent³⁰. La référence à leurs œuvres trouvera naturellement sa place dans la seconde partie. Il y a lieu néanmoins de retracer le chemin qui a mené de l'Etat gendarme à l'Etat providence (a) et de citer une nouvelle fois les exemples de l'Allemagne et de la France (b)³¹, avant de conclure (c).

a) Pendant la Première Guerre Mondiale déjà, les activités de l'Etat s'étendent. Il doit d'une part s'ingérer profondément dans l'économie, imposer des rationnements, fixer des prix, d'autre part résoudre des problèmes sociaux, distribuer des secours ; ces mesures, souvent impopulaires, sont en général considérées comme nécessaires, au moins pour la durée du conflit. En 1930, la crise de surproduction frappe tous les pays d'Occident ; pendant des années, elle réduira des millions d'hommes au chômage. Ses causes sont aussi complexes que ses conséquences paraissent lourdes. L'Etat semble seul en mesure d'effacer les unes et les autres. En Suisse, les Chambres fédérales accordent au Gouvernement des pouvoirs exceptionnels et le chargent de préparer la révision des dispositions constitutionnelles en matière économique et sociale³². En France, un Gouvernement de Front populaire entreprend de réaliser des programmes ambitieux. Aux Etats-Unis, le Président

²⁹ Sur l'initiative qui tendait, en 1893, à insérer dans la Constitution fédérale un article garantissant le droit au travail, cf. ci-dessous, p. 70.

³⁰ Il faut relever que la notion de «droit social», qui fait l'objet des études étendues de GEORGES GURVITCH (L'idée du droit social, Le temps présent et l'idée du droit social), reçoit de lui une définition très particulière, celle de droit des groupes sociaux (Etat, famille, profession, Eglise), qui existe à côté du droit individuel et le rend possible.

³¹ Il paraît peu utile d'évoquer ici la Révolution d'Octobre 1917 et la Constitution de l'Union soviétique. Cf. ci-dessous, p. 81 ss.

³² Cette réforme, retardée par la Seconde Guerre Mondiale, n'aboutira qu'en 1947. Cf. ci-dessous, p. 67 ss.

ROOSEVELT inaugure le *New Deal* en faisant adopter des lois qui stimulent l'économie et créent un «système cohérent de sécurité sociale»³³. La Seconde Guerre Mondiale entraîne, comme sa devancière, de nombreuses interventions de l'Etat dans l'économie et pose clairement la question des droits sociaux, en raison des sacrifices qu'elle exige de beaucoup³⁴. Dans un Message qu'il présente au Congrès le 6 janvier 1941, ROOSEVELT déclare qu'il ne suffit pas de garantir les libertés d'expression et de religion, mais qu'il faut encore libérer l'homme de la crainte et du besoin³⁵. Cette idée est de nouveau exprimée dans la Charte Atlantique de 1941, et dans la Déclaration des Droits que ROOSEVELT soumet au Parlement américain en 1943 et qui reconnaît : «le droit à un travail utile, le droit au juste salaire, le droit à une nourriture, à un logement, à des vêtements et à des soins médicaux satisfaisants, le droit à la sécurité par la libération de la peur de la vieillesse, du besoin ou de la dépendance matérielle, le droit à l'instruction, le droit au repos, aux distractions et au changement»³⁶. A la même époque paraissent en Angleterre le Plan BEVERIDGE, en Suisse le Plan ZIPFEL, qui visent tous deux le même but, renforcer la sécurité menacée par le chômage, mais par des moyens différents : alors que le premier propose avant tout de développer les assurances sociales, le second cherche en outre à procurer du travail à chacun³⁷. Après la Seconde Guerre Mondiale, la production industrielle et les échanges commerciaux n'ont guère cessé de s'intensifier. Quant aux tâches de l'Etat, elles s'accroissent également, au point qu'il devient l'un des employeurs les plus importants du pays. Par suite, il doit as-

³³ Voir SCHALLER, De la charité privée..., p.66.

³⁴ «Les jeunes citoyens qui consacrèrent à la défense du pays les dix plus belles années de leur vie ne comprendront jamais que, par la suite, ce même pays ne leur procure pas le travail indispensable à la dignité de leur existence et à la sécurité matérielle du foyer qu'ils entendent fonder.» (SCHALLER, p.315).

³⁵ VAN DER VEN, p.17.

³⁶ Traduction citée par SCHALLER, De la charité privée..., p.116.

³⁷ A cet effet, le Plan ZIPFEL suggère : une politique appropriée des travaux publics, l'encouragement et l'aide financière à certaines branches de l'économie, ainsi que la «colonisation intérieure» (le rattachement à la terre d'un nombre croissant d'ouvriers pour leur permettre de pourvoir en partie à leur propre alimentation). Cf. SCHALLER, p.131 ss.

sumer de lourdes responsabilités, que d'ailleurs personne ne lui dispute plus : conclure des accords économiques avec les puissances étrangères (politique commerciale), veiller au progrès de l'économie nationale et du bien-être individuel (politique économique et sociale) et influer au besoin sur les phénomènes économiques et sociaux en décidant de prélever des impôts ou d'engager des dépenses (politique financière). Désormais, la croissance économique, le plein emploi, la sécurité sociale sont des fins auxquelles tend chaque gouvernement³⁸ et que les programmes de tous les partis s'efforcent de définir. Pendant les campagnes électorales, les problèmes économiques et sociaux sont souvent débattus, qu'il s'agisse de la hausse des niveaux de vie, des prix ou de la production. La question sociale se pose aujourd'hui en ces termes : comment garantir à chacun la sécurité et le progrès ?

Il convient sans doute d'esquisser l'évolution de la doctrine de l'Eglise catholique romaine à cet égard. A dire vrai, elle a toujours enseigné que l'homme jouit de droits naturels, conférés par Dieu et participant de l'ordre providentiel, en particulier de droits sociaux comme le droit à l'existence, au mariage ou à un salaire permettant d'entretenir sa famille. Mais ses préoccupations sociales devinrent plus vives au cours du XIX^e siècle déjà. L'Encyclique *Rerum Novarum* de LÉON XIII, datée du 15 mai 1891, tient pour essentiel le droit à l'existence et considère que les autres droits sociaux, notamment le droit au travail, en découlent nécessairement ; elle est confirmée quarante ans plus tard par l'Encyclique *Quadragesimo anno* de PIE XI, selon laquelle les droits à une rémunération équitable, à un minimum vital permettent seuls de réaliser le droit naturel essentiel à la vie. Dans son Message de Noël 1942, PIE XII proclame que le droit au travail est d'une part un «droit fondamental de la personne», d'autre part un «moyen indispensable à l'entretien de la vie familiale»³⁹; il paraît ainsi le lier à l'institution du mariage. Enfin, dans son Encyclique *Mater et Magistra*, du 15 mai 1961, JEAN XXIII souligne que l'idée de la dignité humaine est fondamentale et que toutes les institutions

³⁸ SCHAMBECK, p. 90.

³⁹ Voir SCHALLER, p. 89ss., 102ss.

sociales, notamment l'Etat, lui sont subordonnées. Or, pour la servir, elles doivent rechercher la justice sociale et le bien commun, l'«ensemble des conditions sociales qui permettent et favorisent chez les hommes le développement intégral de leur personnalité» (§ 65). Il importe donc de reconnaître le droit au travail (§ 44), à des conditions de travail humaines et équitables (§ 22), à une juste rémunération (§ 32), à la sécurité sociale (§ 49), à l'orientation et à la formation professionnelles (§ 47). L'Encyclique ajoute qu'il faut éliminer progressivement les déséquilibres économiques entre les différents pays d'un côté, entre les diverses parties d'une même nation de l'autre.

b) La Constitution de l'Empire allemand du 16 avril 1871, qui établissait un Etat gendarme et ne garantissait aucun droit social, fut remplacée après la Révolution de 1918 par un texte plus empreint de préoccupations sociales, la Constitution de Weimar⁴⁰. Certes, sa deuxième partie prévoit avant tout «des droits et des devoirs fondamentaux» qui ressortissent au statut négatif, et le premier chapitre s'adresse à l'individu. Toutefois, certaines libertés y revêtent un aspect social. Ainsi, l'article 118, alinéa 1, reconnaît la liberté d'expression, en précisant qu'elle ne peut être restreinte par un rapport de travail. Au reste, le deuxième chapitre touche la vie en communauté; il place le mariage, fondement de la vie familiale et du développement de la nation, sous la sauvegarde particulière de la Constitution (article 119, alinéa 1), donne aux familles nombreuses un droit à l'assistance (article 119, alinéa 2), proclame l'égal accès des deux sexes à la fonction publique (article 128), protège la jeunesse et notamment les enfants illégitimes (articles 120 à 122). Le chapitre quatrième porte sur la culture et les écoles; il définit les tâches et les devoirs de l'Etat dans ces domaines, non sans reconnaître la liberté de l'art, de la science et de l'enseignement (article 142). Le cinquième chapitre vise la vie économique, dont il subordonne en principe les manifestations aux règles de la justice et au but de procurer à chacun une existence digne; la liberté économique n'est assurée que dans ces limites (article 151). De même,

⁴⁰ Voir RUDOLF SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht*, Munich/Leipzig 1928, p. 162.

la propriété privée est garantie, mais son exercice doit servir l'intérêt commun (article 153, alinéas 1 et 3); l'Etat surveille la répartition et l'utilisation du sol (article 155); il peut non seulement exproprier pour cause d'intérêt public (article 153, alinéa 2), mais aussi nationaliser les entreprises qui s'y prêtent (article 156). L'article 159 protège spécialement la liberté syndicale, qui découle de la liberté d'association (article 124) et l'article 157 donne à l'Etat central les compétences d'édicter un droit du travail unifié. Cependant, dans la mesure où ces dispositions dépassaient les libertés traditionnelles, elles furent critiquées par la doctrine et interprétées restrictivement par la jurisprudence⁴¹. Elles ne donnèrent donc pas naissance au statut positif qu'elles semblaient pourtant créer.

Dès ses débuts, le parti national-socialiste revendique le droit au travail et l'inscrit dans son programme. Parvenu au pouvoir en 1933, il cherche d'abord à résoudre le chômage et adopte une politique économique qui lui permet d'atteindre ce but rapidement. Mais, il faut le relever, si le premier plan quadriennal (1933–1937) tend avant tout à rendre effectif le droit au travail, le deuxième (1937–1941) implique déjà l'obligation de travailler, que l'Etat hitlérien n'hésite pas à imposer, dès lors qu'au chômage a succédé la pénurie de main d'œuvre⁴². Le régime nazi s'étant servi des droits sociaux comme d'une arme pour intégrer l'individu dans une société totalitaire⁴³, le constituant fédéral de 1949 refuse de les reconnaître, d'autant plus que les dispositions généreuses de la Constitution de Weimar étaient restées lettre morte. Aussi la Loi fondamentale se contente-t-elle d'affirmer que la nouvelle République est un Etat de droit, fédéral, démocratique et social (articles 20 et 28). La formule est vague et se prête à des interprétations divergentes⁴⁴.

Il n'est pas inutile de montrer combien a été différente l'évolution du droit constitutionnel français. La Constitution de la III^e République, à la différence de presque toutes ses devancières, ne renferme aucune Déclaration des droits de l'homme. Elle établit

⁴¹ Ibidem. Voir également SCHMITT, p. 160 et 169.

⁴² SCHALLER, p. 78 ss.

⁴³ KUHN, p. 69.

⁴⁴ Cf. ci-dessous, p. 105 ss.

néanmoins un régime libéral, dont les préoccupations sociales s'accentuent pendant la Première Guerre Mondiale et la crise économique de 1930⁴⁵. Après la libération, l'Assemblée Nationale constituante adopte un projet qui garantit plusieurs droits sociaux : «Tout homme a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi.» (article 26, alinéa 1). «Hommes et femmes ont droit à une juste rémunération selon la qualité et la quantité de leur travail, en tout cas, aux ressources nécessaires pour vivre dignement, eux et leur famille.» (article 28). «Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler, a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence. La garantie de ce droit est assurée par l'institution d'organismes publics de sécurité sociale.» (article 33, alinéas 1 et 2). Ces dispositions, qui manquent peut-être de clarté⁴⁶, mais non de générosité, n'entreront pas en vigueur, car l'ensemble du projet est rejeté par le peuple, le 5 mai 1946. Quelques mois plus tard, le 27 octobre, le corps électoral en accepte un autre, qui en la matière est moins avancé, sans être plus précis. La nouvelle Constitution pose, dans son préambule, quelques principes économiques et sociaux «comme particulièrement nécessaires à notre temps» : la liberté de syndicat et de grève, le droit des ouvriers de participer à la gestion de l'entreprise, la protection de l'individu et de la famille⁴⁷.

c) En définitive, d'un côté, la question sociale se pose à l'époque contemporaine avec plus d'ampleur qu'auparavant. Il ne s'agit pas seulement d'apporter une assistance aux plus nécessiteux, mais encore d'assurer à chacun une amélioration continue de son sort. L'Etat ne saurait promettre à l'homme simplement de soulager sa misère ; il doit lui garantir également qu'il recevra une part équi-

⁴⁵ Cf. ci-dessus, p.36. Sur l'histoire du mouvement social en France, cf. L. von STEIN, Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich von 1789 bis auf unsere Tage, 3 vol., Munich 1921.

⁴⁶ M. SCHALLER (p.63ss.) leur reproche de ne pas préciser la portée du droit au travail d'une part, ses liens avec les autres droits sociaux et avec les libertés individuelles d'autre part. Sur ce point, cf. ci-dessous, p.125ss.

⁴⁷ La Constitution française de 1958 se réfère à ce préambule. Voir ci-dessous, p.78.

table de l'enrichissement dû au progrès technique, à la croissance économique. D'un autre côté, l'étude de l'histoire constitutionnelle récente en Europe permet de constater que les divers régimes politiques donnent à la question sociale des réponses divergentes. Les Etats socialistes, en nationalisant les moyens de production et en dirigeant l'économie, suppriment le chômage et atteignent quelques-uns de leurs buts : ils appliquent au moins le droit au travail et à un minimum vital⁴⁸. Les autres régimes totalitaires parviennent parfois au même objectif, par des moyens un peu différents. On sait combien les uns et les autres s'ingèrent dans l'économie et aussi dans la vie privée des individus. Pour leur part, les démocraties occidentales s'engagent prudemment sur la voie qui conduit à la reconnaissance des droits sociaux. Elles leur accordent une attention particulière pendant les guerres et les crises et leur attribuent quelquefois un rôle important dans la législation ordinaire, mais ne les inscrivent qu'avec réticence dans leur Constitution. Le chapitre suivant montrera que le présent ne se distingue guère du passé proche.

Chapitre deuxième: Le droit positif

Les droits sociaux découlent aujourd'hui de deux sources distinctes : d'une part, les traités internationaux (§ 1), d'autre part les constitutions et les lois internes (§ 2).

§ 1. Le droit international public

Il peut sembler surprenant que les Etats cherchent à garantir les droits sociaux par des conventions internationales. En principe, ils sont, avec les organisations qui les groupent, les seuls sujets du droit des gens, ordre juridique dans lequel les individus sont dé-

⁴⁸ SCHALLER, p. 74ss. Cf. ci-dessous, p. 81ss.

pourvus de droits et d'obligations¹. Or les droits fondamentaux ont en général des hommes pour titulaires, et non des collectivités publiques. Dès lors, il ne suffit pas d'analyser les dispositions des traités qui prévoient des droits sociaux (ch. 1); encore convient-il d'en étudier la nature juridique et de se demander notamment si elles confèrent des droits aux individus, soit en droit international, soit en droit interne (ch. 2).

1. *Les traités* relatifs aux droits fondamentaux se divisent en deux catégories. Les uns sont susceptibles d'être ratifiés par tous les Etats et se caractérisent donc par leur universalité; ils émanent généralement de l'Organisation des Nations Unies ou d'une de ses institutions spécialisées (a). Les autres sont ouverts à l'adhésion des pays situés dans une partie seulement du monde et revêtent ainsi un aspect régional; ils sont l'œuvre des Organisations continentales, notamment européennes (b) et américaines (c). A côté des conventions universelles, les conventions régionales ont leur utilité propre. Les premières lient des Etats profondément divisés quant à leur régime politique, économique et social; elles se contentent donc d'énoncer des règles toutes générales, acceptables par chacun. Les secondes, au contraire, obligent des pays proches les uns des autres; elles peuvent par conséquent imposer des devoirs plus précis, prévoir des voies de recours plus efficaces.

a) Entre autres considérations, des préoccupations sociales ont conduit les négociateurs du Traité de Versailles à créer une Société des Nations. Son Pacte forme le Préambule du traité. Il dispose que les Membres de la Société d'une part «s'efforceront d'assurer et de maintenir des conditions de travail équitables et humaines pour l'homme, la femme et l'enfant sur leurs propres territoires ainsi que dans tous pays auxquels s'étendent leurs relations de commerce et d'industrie, et, dans ce but, d'établir et d'entretenir des organisations internationales nécessaires», d'autre part «s'efforceront de prendre des mesures d'ordre international pour prévenir et combattre les maladies» (article 23, *litt. a et g*). En outre, la Partie XIII du Traité de Versailles institue une Organisation Internatio-

¹ Pour les exceptions à ce principe, cf. ci-dessous, p. 57s.

nale du Travail. Son Préambule relève qu'il existe des conditions de travail, injustes et misérables, «ce qui engendre un tel mécontentement que la paix et l'harmonie universelles sont mises en danger». Il ajoute «qu'une telle paix ne peut être fondée que sur la base de la justice sociale» et «qu'il est urgent d'améliorer ces conditions». A cette fin, l'Organisation a pour tâche d'élaborer des conventions qui seront ouvertes à la ratification des Etats membres. Entre les deux Guerres Mondiales déjà, elle en adopte un grand nombre, dont voici quelques exemples: La Convention n° 11, de 1921, garantit la liberté syndicale dans l'agriculture; la Convention n° 29, de 1930, interdit le travail forcé; la Convention n° 2, de 1919, préconise des mesures contre le chômage; la Convention n° 26, de 1928, fixe des salaires minimums; la Convention n° 1, de 1919, limite la durée du travail dans l'industrie à huit heures par jour et à quarante-huit heures par semaine; la Convention n° 14, de 1921, confère aux ouvriers le droit à un repos hebdomadaire. Le 10 mai 1944, la Conférence internationale du travail adopte à Philadelphie une déclaration qui précise les buts de l'Organisation; elle affirme que «le travail n'est pas une marchandise» et que «tous les êtres humains, quels que soient leur race, leur croyance ou leur sexe, ont le droit de poursuivre leur progrès matériel et leur développement spirituel dans la liberté et la dignité, dans la sécurité économique et avec des chances égales». La déclaration de Philadelphie a été annexée à la nouvelle Constitution de l'Organisation Internationale du Travail². Celle-ci contribue encore à la garantie des droits sociaux en soumettant à l'adhésion de ses membres de nouvelles conventions, relatives aux libertés syndicales et du travail, à l'égalité des chances et de la rémunération, à la sécurité sociale, aux congés hebdomadaires et annuels, à la sécurité et à l'hygiène du travail³.

Pendant la Seconde Guerre Mondiale, les Puissances Alliées esquisseut les objectifs d'une future Organisation mondiale dans la Charte de l'Atlantique, du 14 août 1941, et promettent à leur

² Dont le texte est reproduit dans P. REUTER et A. GROS, Traité et documents diplomatiques, Paris, Thémis, 1960, p. 108, 123.

³ Voir VALTICOS, p. 697 ss.

population d'assurer, après la victoire, le progrès économique, la sécurité matérielle et de meilleures conditions de travail⁴. Puis, dans le Préambule de la Charte signée à San Francisco le 26 juin 1945, les Nations Unies proclament leur «foi dans les droits fondamentaux de l'homme, dans la dignité et la valeur de la personne humaine, dans l'égalité des droits des hommes et des femmes, ainsi que des nations, grandes ou petites, ... à favoriser le progrès social et instaurer de meilleures conditions de vie dans une liberté plus grande», ainsi qu'«à recourir aux institutions internationales pour favoriser le progrès économique et social de tous les peuples». Aussi l'article 1^{er}, chiffre 3, assigne-t-il à l'ONU le but de «réaliser la coopération internationale en résolvant les problèmes internationaux d'ordre économique, social, intellectuel ou humanitaire, en développant et en encourageant le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion». La «coopération économique et sociale» est réglementée par le Chapitre IX de la Charte; les Nations Unies s'engagent notamment à favoriser «le relèvement des niveaux de vie, le plein emploi et des conditions de progrès et de développement dans l'ordre économique et social» (article 55, *litt. a*); l'article 57 prévoit qu'à cette fin seront fondées des «institutions spécialisées», reliées à l'ONU⁵. Celle-ci dispose d'ailleurs d'un organe spécialement chargé d'étudier et d'établir des rapports sur les questions économiques et sociales, ainsi que de «faire des recommandations en vue d'assurer le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous» (article 62, chiffre 2): c'est le Conseil économique et social, créé par le Chapitre X de la Charte.

L'ONU compte également une Commission des droits de l'homme, qui est bientôt chargée de préparer un projet de résolution sur les droits fondamentaux. Ses travaux se heurtent à de nombreux obstacles; en particulier, les représentants des Etats «socialistes» entendent donner aux droits sociaux une importance

⁴ Entre le point 5 de la Charte de l'Atlantique et le Message présenté par le Président ROOSEVELT au Congrès américain le 6 janvier 1941, l'analogie est frappante. Cf. ci-dessus, p. 37.

⁵ A côté de l'Organisation internationale du travail, on peut citer l'Organisation mondiale de la santé, l'Organisation pour l'alimentation et l'agriculture etc.

que leur refusent les autres délégués⁶. Aussi le texte adopté le 10 décembre 1948 par l'Assemblée Générale des Nations Unies est-il à maints égards le résultat de compromis. D'abord, sous le titre de «Déclaration universelle des droits de l'homme», il range aussi bien des libertés individuelles⁷ qui ressortissent aux statuts négatif et actif (articles 1 à 21), que des droits sociaux qui appartiennent au statut positif (articles 22 à 27). Ensuite, ces derniers sont soumis à la règle générale définie par l'article 22: «Toute personne, en tant que membre de la société, a droit à la sécurité sociale; elle est fondée à obtenir la satisfaction des droits économiques, sociaux et culturels indispensables à sa dignité et au libre développement de sa personnalité, grâce à l'effort national et à la coopération internationale, compte tenu de l'organisation et des ressources de chaque pays.» Une telle disposition ne confère aucun droit, elle pose simplement un double principe: d'une part, chacun doit jouir, au sein de la société, d'une certaine sécurité matérielle et morale, qui est la condition de toute justice sociale⁸; d'autre part, étant due «à l'effort national et à la coopération internationale», cette sécurité est limitée par «l'organisation et les ressources de chaque pays» et dépend, autrement dit, de ses possibilités. En troisième lieu, la Déclaration Universelle définit l'objet des droits sociaux en termes larges et, par suite, vagues. Elle garantit: d'abord, le «droit au travail, au libre choix de son travail, à des conditions équitables et satisfaisantes de travail, à la protection contre le chômage, ... à une rémunération équitable et satisfaisante», ainsi que le droit de fonder des syndicats et de s'y affilier (article 23)⁹;

⁶ FAVRE, Les droits constitutionnels et la garantie internationale des droits de l'homme, p. 346ss.; CASSIN, Quelques souvenirs sur la Déclaration Universelle de 1948, p. 16ss.

⁷ Parmi elles, il faut mentionner la liberté d'association, qui entraîne celle de créer des syndicats et de participer à leur activité (*contra VAN DER VEN*, p. 27). Il convient aussi de mettre en évidence l'article 17: «Toute personne, aussi bien seule qu'en collectivité, a droit à la propriété. Nul ne peut être arbitrairement privé de sa propriété.»

⁸ L'expression «sécurité sociale» est utilisée au sens large par l'article 22, alors qu'à l'article 25 sont introduites diverses garanties dont l'ensemble forme la sécurité sociale proprement dite. Voir VAN DER VEN, p. 28; DELPÉRÉE, p. 556.

⁹ Le droit de grève n'est pas expressément prévu.

puis, le «droit au repos et aux loisirs, notamment à une limitation raisonnable de la durée du travail et à des congés payés périodiques» (article 24); ensuite, le droit à la sécurité sociale en cas de chômage, de maladie, d'invalidité, de veuvage, de vieillesse etc., le droit «à un niveau de vie suffisant pour assurer sa santé, son bien-être et ceux de sa famille, notamment pour l'alimentation, l'habillement, le logement, les soins médicaux», ainsi qu'une protection spéciale pour «la maternité et l'enfance» (article 25); enfin, le droit à l'éducation scolaire (article 26) et celui «de prendre part librement à la vie culturelle de la communauté, de jouir des arts, et de participer au progrès scientifique et aux bienfaits qui en résultent» (article 27). En ce qui touche les droits sociaux, la Déclaration de 1948 paraît donc généreuse, sans être révolutionnaire, et assez imprécise pour n'avoir qu'une efficacité limitée.

La Déclaration Universelle ayant simplement la valeur d'un programme, les organes des Nations Unies entendaient la compléter par un traité qui donne une force obligatoire aux garanties qu'elle confère. Il leur fallut près de vingt ans pour en mettre au point le texte. Commencés dès 1947, les travaux préparatoires de la Commission des droits de l'homme n'aboutirent qu'en 1954. Ils furent d'ailleurs retardés par une décision de l'Assemblée générale qui, en 1951, résolut, pour des motifs avant tout politiques, de diviser le projet en deux parties et chargea la Commission de rédiger deux Conventions, l'une relative aux droits civils et politiques, l'autre sur les droits sociaux, économiques et culturels. Elle redoutait en effet les obstacles qu'elle avait déjà rencontrés en élaborant la Déclaration Universelle, ainsi que les difficultés supplémentaires auxquelles risquaient de se heurter les ratifications. Si les Etats communistes regardaient les libertés individuelles comme des illusions, les pays occidentaux tenaient les droits sociaux pour des leurres. On pouvait donc craindre qu'un texte unique soit rejeté par tous, et espérer qu'en revanche chacun des deux projets séparés soit agréé au moins par un des blocs¹⁰. En effet, on s'attendait que, pour commencer, chaque pays ne ratifie qu'une seule des Conventions, celle qui correspond à son régime politique et social.

¹⁰ Quelle que soit sa force, cet argument politique n'est cependant pas à l'abri de toute critique. Cf. ci-dessous, p. 50.

Achevées en 1954, les propositions de la Commission furent soumises au Conseil économique et social, puis discutées par l'Assemblée générale elle-même, qui les adopta enfin le 16 décembre 1966¹¹, sous la forme de deux pactes distincts. Chacun d'eux entrera en vigueur trois mois après sa ratification par trente-cinq Etats (articles 27 et 49).

Le Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels mérite de retenir l'attention. En vertu du Préambule, ces droits «découlent de la dignité inhérente à la personne humaine» mais ont pour corollaire «le fait que l'individu a des devoirs envers autrui et envers la collectivité à laquelle il appartient, et est tenu de s'efforcer de promouvoir et de respecter les droits reconnus dans le Présent Pacte»¹². Leur but est de réaliser «l'idéal de l'être humain libre, libéré de la crainte et de la misère». La Première Partie du Pacte, cela pourra surprendre, garantit le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, «de leurs richesses et de leurs ressources naturelles» (article 1^{er}, alinéa 2). Il s'agit évidemment moins d'un droit individuel et social que d'une sorte – d'ailleurs mal définie – de liberté politique promise à l'ensemble d'une nation¹³. Le Pacte relatif aux droits civils et politiques renfermant une disposition identique, il faut sans doute y voir une condamnation implicite du colonialisme, un rappel du principe de la souveraineté des Etats dans les domaines politique, économique et social, bref une concession aux pays du Tiers-Monde, et non pas l'énoncé d'un droit «social» à l'autodétermination dont bénéficieraient toutes les nations. La Deuxième Partie pose la règle générale de l'égalité; elle oblige les Etats à garantir et à rendre effectifs les droits sociaux à l'égard de chacun «par tous les moyens appropriés, y compris en particulier l'adoption de mesures législatives... sans discrimination aucune fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, l'opinion politique ou toute autre opinion, l'origine nationale

¹¹ VAN DER VEN, p. 19ss.

¹² Selon KHOL, p. 36s., cette disposition signifie que les droits prévus par le Pacte obligent non seulement les organes de l'Etat, mais aussi les individus et qu'ils doivent donc avoir un effet sur les relations entre les personnes, une «Dritt-wirkung». Sur ce point, cf. ci-dessous, p. 136ss.

¹³ VAN DER VEN, p. 31.

ou sociale, la fortune, la naissance ou toute autre situation» (article 2). La Troisième Partie reconnaît d'abord le droit au travail et la liberté de travailler, c'est-à-dire «le droit qu'a toute personne d'obtenir la possibilité de gagner sa vie par un travail librement choisi ou accepté» (article 6, alinéa 1); elle exige ainsi que soient assurés d'une part «l'orientation et la formation techniques et professionnelles» (article 6, alinéa 2), d'autre part une rémunération équitable et suffisante pour une existence décente, la sécurité et l'hygiène du travail, des chances égales de promotion, des loisirs et des congés payés périodiques (article 7). Elle commande ensuite le respect de la liberté syndicale et du droit de grève «conformément aux lois de chaque pays» (article 8). Elle proclame «le droit de toute personne à la sécurité sociale, y compris les assurances sociales» (article 9), ainsi que la nécessité de protéger la famille, en particulier les mères salariées, les enfants et les adolescents (article 10). Elle invite l'Etat à prendre des mesures afin que chacun dispose d'un niveau de vie suffisant, «y compris une nourriture, un vêtement et un logement suffisants» (article 11, alinéa 1), du meilleur état de santé physique et mental possible, de bonnes conditions d'hygiène et de services médicaux (article 12). L'article 13 réglemente le droit à l'enseignement en distinguant les enseignements primaire, «obligatoire et accessible gratuitement», secondaire, «généralisé et rendu accessible à tous», et supérieur, «rendu accessible à tous en pleine égalité, en fonction des capacités de chacun». Enfin, l'article 15 confère à chacun le droit de participer à la vie culturelle et de bénéficier du progrès technique et de ses applications. Quant à la Quatrième Partie, elle précise les engagements souscrits et définit la procédure d'exécution du Pacte: les Etats parties sont tenus d'adresser au Secrétaire général de l'ONU, selon un programme établi par le Conseil économique et social, des rapports «sur les mesures qu'ils auront adoptées et sur les progrès accomplis en vue d'assurer le respect des droits reconnus dans le Pacte» (article 16); de son côté, le Conseil économique et social examine les rapports, mais ne peut que présenter à l'Assemblée générale «des recommandations de caractère général» (article 21), ou saisir les organes subsidiaires et les institutions spécialisées de l'ONU des questions soulevées (article 22).

L'exécution du Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels est ainsi soumise à une procédure souple, qui n'a aucun caractère judiciaire et diffère profondément de celle que prévoit le Pacte relatif aux droits civils et politiques (articles 28 à 45). A cet égard, la distinction entre les deux Pactes a ses partisans, pour qui les deux groupes de droits sont de nature opposée et supposent des garanties séparées. Mais elle rencontre aussi des adversaires, qui lui reprochent d'avoir entraîné une inégalité entre les deux catégories, au détriment des droits sociaux¹⁴. Le premier Pacte, il faut le reconnaître, a une faible portée juridique; il ne confère aucun droit directement applicable aux particuliers et restreint singulièrement les engagements pris par les Etats; en définitive, il n'est guère plus qu'un programme d'actions, qui définit, en termes vagues d'ailleurs, certains objectifs et indique quelques mesures propres à les atteindre. Toutefois, il n'est pas dépourvu de valeur politique; il exprime des idéaux et contient des promesses que les gouvernements ne sauront ignorer complètement; il a enfin le mérite d'assigner aux peuples les plus divers un but commun: la protection de la dignité humaine, morale et matérielle.

b) Le 5 mai 1949 fut créé à Londres un Conseil de l'Europe doté de deux organes principaux, l'Assemblée consultative et le Conseil des ministres. Le Préambule de son Statut proclamait notamment l'attachement des Etats membres «aux valeurs spirituelles et morales... qui sont à l'origine des principes de liberté individuelle, de liberté politique et de prééminence du droit, sur lesquels se fonde toute démocratie véritable». Quant à l'article 1^{er}, *litt. b*, il faisait du «développement des droits de l'homme et des libertés fondamentales» un des buts principaux de l'Organisation. Dès lors, celle-ci avait pour première tâche, en particulier d'élaborer une «Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales», qui fut signée à Rome, le 4 novembre 1950, par les représentants de quinze pays. Ce texte visait un objectif limité et ne tendait qu'à «définir les sept, huit ou dix libertés fondamentales essentielles à la vie démocratique, que nos pays peuvent

¹⁴ Cf. SZABO, p. 46.

garantir à tous leurs citoyens»¹⁵. Il souffrait de plusieurs lacunes, car il ne posait pas le principe de l'égalité, pourtant cardinal en démocratie¹⁶, et ne garantissait aucun droit économique, social ou culturel. Or le Conseil de l'Europe avait également pour ambition «de favoriser le progrès social et économique», notamment «par la conclusion d'accords et par l'adoption d'une action commune dans les domaines économique, social, culturel, scientifique, juridique et administratif» (article 1^{er}, *litt.* b). Dès lors, il fut amené à préparer un projet de traité distinct, afin de remédier aux carences de la Convention de sauvegarde, mais il ne parvint pas rapidement à chef: l'Assemblée consultative ayant accepté un projet le 26 octobre 1956, le Conseil des ministres procéda ensuite à de nombreuses études et consultations¹⁷. La «Charte sociale européenne» ne fut signée que le 18 octobre 1961, à Turin, par les représentants de dix-huit Etats. Elle est entrée en vigueur le 26 février 1965, c'est-à-dire «le trentième jour suivant la date du dépôt du cinquième instrument de ratification ou d'approbation», conformément à l'article 35, alinéa 2.

Dans sa Première Partie, la Charte sociale européenne fixe des objectifs; c'est dire qu'elle énumère les droits et les principes à l'application desquels doit tendre la politique des Etats. Puis, dans une Deuxième Partie, elle définit les droits garantis et indique les mesures propres à les rendre effectifs. Elle reconnaît: le droit au travail, à des conditions de travail équitables, à la sécurité et à l'hygiène dans le travail, à une rémunération équitable (articles 1 à 4); la liberté syndicale et le droit «de négociation collective» (articles 5 et 6); le droit des enfants, des adolescents et des travailleurs à une protection spéciale (articles 7 et 8); le droit à l'orientation et à la formation professionnelles (articles 9 et 10); le droit à la protection de la santé, à la sécurité sociale, à l'assistance sociale et médicale, au bénéfice des services sociaux, à la formation et à la réadaptation professionnelles en cas de handicap physique ou

¹⁵ Rapport présenté le 19 août 1949 par le Comité juridique à l'Assemblée consultative; voir Revue de la Commission Internationale de Juristes, vol.VI, 1965, p. 154ss.

¹⁶ NATOLI, p. 94.

¹⁷ VAN DER VEN, p.22.

mental (articles 11 à 15); le droit de la famille, de la mère et de l'enfant à une protection sociale, juridique et économique (articles 16 et 17); la liberté d'exercer une activité lucrative sur le territoire de chaque partie contractante (article 18); le droit des travailleurs migrants et de leur famille à la protection et à l'assistance (article 19)¹⁸.

Quant au fond, la Charte sociale européenne ne diffère donc guère du Pacte des Nations Unies de 1966. Comme lui, elle n'exige pas la participation des ouvriers à la gestion de l'entreprise; tout au plus prévoit-elle une consultation des «organisations d'employeurs et de travailleurs sur les mesures tendant à la sécurité et à l'hygiène du travail» (article 3, chiffre 3). Comme lui encore, elle met en évidence le principe de l'égalité de traitement; elle proclame, dès le Préambule, «que la jouissance des droits sociaux doit être assurée sans discrimination fondée sur la race, la couleur, le sexe, la religion, l'opinion politique, l'ascendance nationale ou l'origine sociale»; en outre, elle garantit dans plusieurs dispositions des droits égaux aux nationaux et aux ressortissants des autres parties contractantes (article 12, chiffre 4; article 13, chiffre 4; article 1 de l'Annexe). Toutefois, elle innove au moins sur un point, en obligeant les Etats à favoriser les consultations et les négociations paritaires entre organisations d'employeurs et de travailleurs, ainsi que la conclusion de conventions collectives et l'institution «de procédures appropriées de conciliation et d'arbitrage volontaires pour le règlement des conflits du travail» (article 6).

Il importe de distinguer les dispositions de la Charte qui exigent de l'Etat des mesures positives, notamment des prestations, et celles qui lui interdisent de s'ingérer dans certains domaines de l'activité privée. Assurément, les premières sont les plus nombreuses; elles assurent au statut positif une place prépondérante dans le domaine social. Mais elles ne diminuent pas la portée des secondes: tantôt la reconnaissance du droit à une prestation suppose la garantie d'une liberté (la protection accordée à la famille implique la faculté d'en fonder une), tantôt elle s'accom-

¹⁸ Pour une analyse détaillée de ces dispositions, voir PAPADATOS, p. 236ss.; TAQUET, p. 29ss.

pagne expressément d'une telle garantie (l'article 1^{er} confère à la fois le droit au travail et la liberté de choisir son travail; les articles 5 et 6 prévoient en même temps le «droit de négociation collective» et la liberté de créer des syndicats et de recourir à la grève).

Analysant le contenu de la Charte, on ne saurait oublier ses lacunes. D'une façon générale, elle ne se préoccupe guère que du sort des travailleurs salariés et ne touche pas celui des membres de professions indépendantes. En outre, elle s'abstient de conférer à quiconque les droits culturels. Enfin, la doctrine juge regrettable qu'elle n'accorde pas le droit au logement, ni aux loisirs¹⁹.

La Troisième Partie définit les engagements que doivent souscrire les Etats. Quant à la Quatrième, elle règle la procédure d'exécution, qui est divisée en deux phases. Dans la première, les parties contractantes sont tenues d'adresser au Secrétaire général du Conseil de l'Europe, d'une part, «un rapport biennal relatif à l'application des dispositions de la Partie II de la Charte qu'elles ont acceptées» (article 21), d'autre part, «à des intervalles appropriés et sur la demande du Comité des Ministres, des rapports relatifs aux dispositions de la Partie II qu'elles n'ont pas acceptées» (article 22); ces rapports sont étudiés par un comité de sept experts désignés par le Comité des Ministres et assistés d'un représentant de l'Organisation Internationale du Travail, qui a voix consultative (articles 23 à 26). Alors que la première étape de la procédure a ainsi pour objet l'examen technique de l'application de la Charte par ses membres et des progrès accomplis, la seconde a un caractère plutôt politique: les rapports des Etats et les conclusions du Comité d'experts sont soumis à un Sous-comité social gouvernemental, composé d'un représentant de chaque partie contractante et des observateurs de deux organisations internationales de travailleurs, qui ont voix consultative (article 27); après que l'Assemblée consultative a donné son avis sur les conclusions de ces organes (article 28), le Comité des Ministres peut, à la majorité des deux tiers, «adresser toutes recommandations nécessaires à chacune des parties contractantes» (article 29).

¹⁹ DELPÉRÉE, p. 577.

En définitive, la Charte sociale européenne, élaborée pour combler les lacunes dont souffre la Convention de sauvegarde²⁰, est le résultat d'un compromis, quant au fond aussi bien qu'à la procédure. D'une part, en dépit de leur homogénéité relative, les membres du Conseil de l'Europe ne sont pas tous dans la même situation économique et sociale; les droits sociaux devaient donc être définis de façon à entraîner un progrès réel, mais aussi à fixer des objectifs accessibles à chacun²¹. D'autre part, les auteurs de la Charte ne choisirent pour son exécution ni le modèle de la Déclaration Universelle, dont l'observation n'est soumise à aucune surveillance, ni celui de la Convention de sauvegarde, qui institue une Commission et une Cour de Justice, bref un contrôle de caractère judiciaire; ils préférèrent une procédure souple, de nature plutôt technique et politique.

Au reste, la Charte n'est pas le seul accord européen en matière de droits sociaux. Il convient de citer également le Code européen de sécurité sociale, du 16 avril 1964, autre traité susceptible d'être ratifié par les membres du Conseil de l'Europe, et dont l'élaboration fut fort longue. Le 7 novembre 1949 déjà, sous l'égide de l'Union de l'Europe Occidentale, avaient été signées deux Conventions, l'une sur la sécurité sociale, l'autre sur l'assistance sociale et médicale. L'année suivante, le Conseil entreprit la préparation du Code, afin «d'harmoniser et même d'égaliser les prestations de sécurité sociale dans les différents pays»²². La tâche étant vaste, les mesures les plus urgentes furent arrêtées dans deux Accords intermédiaires du 11 décembre 1953, qui interdisent notamment toute discrimination entre nationaux et ressortissants d'un autre Etat membre du Conseil. Le texte du Code n'était pas encore adopté lorsque la Charte fut signée; pour ne pas faire double emploi, celle-ci réglemente d'une façon peu précise la sécurité sociale et se contente pour l'essentiel de renvoyer à la «Convention

²⁰ DELPÉRÉE, p. 562; FAVRE, p. 13; LEUPRECHT, p. 124; *contra* NATOLI, p. 93 ss., pour qui les droits sociaux contredisent nombre de libertés individuelles et dénaturent la démocratie libérale.

²¹ Cela fait écrire à M. TAQUET, p. 13, que la Charte «n'est qu'un point de départ», une sorte de «loi-cadre européenne dans le domaine social».

²² LYON-CAEN, p. 93.

internationale du Travail (n° 102) concernant la norme minimum de la sécurité sociale» (article 12, chiffre 2). Le Code européen comble cette lacune²³; il se divise en neuf parties et prévoit des soins médicaux, des indemnités de maladie, des prestations de chômage, de vieillesse, de maternité, d'invalidité, des prestations aux familles et aux survivants, ainsi qu'en cas d'accident de travail et de maladie professionnelle. Un Protocole, qui forme une annexe du Code, est soumis à une ratification séparée: il permet d'élever progressivement la protection garantie.

De leur côté, les signataires du Traité instituant la Communauté économique européenne étaient «décidés à assurer par une action commune le progrès économique et social de leur pays en éliminant les barrières qui divisent l'Europe» et visaient, entre autres buts, «l'amélioration constante des conditions de vie et d'emploi de leurs peuples» (Préambule). D'une part, le Traité de Rome garantit aux ressortissants des Etats membres la liberté d'établissement (article 52) et «la libre circulation des travailleurs», en abolissant toute discrimination fondée sur la nationalité «en ce qui concerne l'emploi, la rémunération et les autres conditions de travail» (article 48). D'autre part, son Titre III prévoit une «politique sociale» en vue d'harmoniser les divers systèmes en vigueur et charge la Commission de veiller à une collaboration étroite entre les pays dans les domaines de l'emploi, du droit au travail et de la sécurité sociale (articles 117 et 118); il pose le principe de l'égalité des salaires des hommes et des femmes (article 49); surtout, il institue un Fonds social européen pour couvrir les frais de la rééducation professionnelle, verser des indemnités de réinstallation et aider les travailleurs dont l'emploi est réduit ou suspendu temporairement (articles 123 ss.). Assurément, ces dispositions peuvent paraître vagues, voire insuffisantes. Leur exécution n'échappe pas toujours à la critique²⁴. Mais elles contribuent à l'unification des droits sociaux reconnus dans les pays de la Communauté²⁵.

²³ Il n'est cependant pas encore entré en vigueur. Voir LYON-CAEN, p. 96, n.1; GANSHOF VAN DER MEERSCH, p. 381.

²⁴ Sur l'article 119, voir VOGEL-POLSKY, p. 66.

²⁵ DELPÉRÉE, p. 560; voir HESSLER, p. 7ss.

c) Les Etats du continent américain cherchent aussi à résoudre ensemble les problèmes sociaux par des instruments internationaux. A cet égard, leur coopération date de 1942, quand se réunit à Santiago du Chili la première Conférence sur la sécurité sociale. Elle se poursuivit à la Conférence de Chapultepec, qui proclama, en 1945, une «Déclaration sur les principes sociaux de l'Amérique»; elle prévoyait notamment le droit à un salaire minimum et à des congés périodiques payés, la limitation des heures de travail, la protection de la maternité et de la santé, l'assurance contre la maladie, la vieillesse, l'invalidité et le chômage²⁶. Tenue à Bogota, la IX^e Conférence internationale américaine adopta, le 2 mai 1948, d'abord une «Déclaration américaine des droits et des devoirs de l'homme» (dont l'article 16 attribue à toute personne le «droit à l'assurance sociale, qui la protège contre les conséquences du chômage, de la vieillesse et de l'incapacité résultant d'une cause quelconque indépendante de sa volonté, la rendant physiquement ou matériellement incapable de subvenir à son existence»), ensuite une «Charte internationale américaine des garanties sociales», laquelle pose les règles suivantes: le travail, qui n'est pas un objet ordinaire de commerce, a une fonction sociale; chaque travailleur a droit à une rémunération suffisante et à des conditions de travail équitables; toute discrimination de salaire fondée sur le sexe, la race ou la nationalité est prohibée; les étrangers bénéficient des droits sociaux au même titre que les nationaux²⁷. Toutefois, la Conférence réunie à San José de Costa Rica en 1969 signa une Convention américaine des droits de l'homme, qui se contente de renvoyer, quant aux droits économiques, sociaux et culturels, «à la Charte de l'Organisation des Etats américains, révisée par le Protocole de Buenos Aires»²⁸ (article 26). Cette lacune est d'autant plus surprenante que le Conseil américain de jurisconsultes avait arrêté dix ans plus tôt un projet qui définissait de nombreux droits sociaux²⁹: le droit au travail et la liberté du travail (article

²⁶ Voir HUBER, p. 151.

²⁷ MARTINS, p. 79ss.

²⁸ Le texte de cette Convention est reproduit dans la Revue de la Commission internationale de Juristes, mars 1970, n° 5, p. 47 à 66.

²⁹ Ce projet, dit «de Santiago», date du 8 septembre 1959; il est publié par la

22); le droit à l'hygiène et à la sécurité, à un traitement suffisant, à des congés périodiques payés, au libre emploi des loisirs (article 23); la liberté syndicale (article 24); le droit à la sécurité et à des assurances sociales (article 25); le droit de créer une famille et de voir celle-ci protégée par la loi (article 26); le droit à l'enseignement (article 27); le droit à la propriété privée, dont le «libre usage, individuel et collectif, sera subordonné à l'intérêt social» (article 31, alinéa 1). Il est permis de s'étonner que la nouvelle Convention américaine s'écarte d'un projet aussi complet en ce qui touche les droits sociaux, alors qu'elle lui reste fidèle sur les autres points³⁰.

2. Etudier *la nature juridique* des conventions internationales relatives aux droits sociaux, c'est se poser trois questions principales. Quels sont les titulaires de ces droits dans l'ordre juridique international: les individus, les Etats ou d'autres groupes de personnes encore (a)? Une procédure internationale assure-t-elle l'exécution des garanties prévues (b)? Les traités sont-ils directement applicables en droit interne, de sorte que les nationaux peuvent s'en prévaloir devant les organes exécutifs et judiciaires d'un Etat partie (c)? Pour conclure, il y aura lieu d'apprécier l'efficacité de telles conventions (d).

a) En principe, seuls les Etats et les organisations qui les groupent sont des sujets du droit des gens; il suit de là que, dans cet ordre juridique, les individus n'ont ni droits ni obligations, et ne disposent d'aucune voie de recours. Cette règle souffre assurément quelques exceptions³¹, prévues expressément par des traités. Ainsi, l'article 25 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales permet à «toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers» de saisir une Commission des droits de

Revue de la Commission internationale de Juristes, vol.IV, n° 1 (premier semestre 1962), p. 174 à 196.

³⁰ Comme le projet de Santiago le prévoyait, elle crée une Commission et une Cour interaméricaines des droits de l'homme. Cf. ci-dessous, p. 62.

³¹ KHOL, p. 17; voir F. BERBER, Lehrbuch des Völkerrechts, vol. I, Munich 1960, p. 175ss.

l'homme des violations dont ils prétendent être les victimes; en outre, les droits reconnus par cette Convention visent directement les individus, qui en sont donc évidemment titulaires³². Mais il n'en va de même des traités relatifs aux droits sociaux. D'une part, aucun d'eux n'autorise les particuliers à soumettre les manquements des Etats à une institution internationale. D'autre part, leurs dispositions de fond ne s'adressent pas directement aux personnes, mais plutôt aux parties contractantes; elles n'indiquent pas simplement que chacun jouit du droit au travail ou au logement, mais bien que les Etats «reconnaissent» de tels droits et s'engagent à les assurer³³. C'est la Charte sociale européenne qui à cet égard est rédigée dans les termes les plus précis, car elle distingue entre: des «droits et principes» dont l'exécution est l'«objectif d'une politique», d'un côté, et des «obligations» qui lient les parties contractantes, de l'autre; les premiers, énoncés dans la Partie I, concernent directement les individus (par exemple, le point 1 prévoit: «Toute personne doit avoir la possibilité de gagner sa vie par un travail librement entrepris»); les secondes, définies par la Partie II, touchent avant tout les Etats (aussi l'article 1^{er} dispose-t-il: «En vue d'assurer l'exercice effectif du droit au travail, les parties contractantes s'engagent à...»).

La structure des normes internationales qui garantissent des droits sociaux est donc complexe. D'abord, elles obligent nécessairement les Etats eux-mêmes. Ensuite, elles indiquent des mesures dont les bénéficiaires directs sont les individus. Mais, sans habiller ceux-ci à se prévaloir des droits sociaux devant une institution internationale, elles confient aux parties contractantes le soin de veiller au respect des engagements souscrits. Si les personnes apparaissent comme les destinataires des droits prévus, les Etats en sont à la fois les sujets passifs et les protecteurs, car ils sont liés par les dispositions des traités et peuvent seuls en réclamer l'observation. Il ne s'agit pas d'une stipulation pour autrui, puisque le tiers béné-

³² Les individus ne sont toutefois pas admis à saisir eux-mêmes la Cour européenne des droits de l'homme, qui doit être saisie par un Etat ou par la Commission. Voir sur ce point GANSHOF VAN DER MEERSCH, p. 289ss., 333s.

³³ Voir, par exemple, les articles 6ss. du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, du 16 décembre 1966.

ficiaire – l'être humain – est dépourvu de moyen d'action. C'est un acte juridique d'une forme originale qui fait des parties en même temps les obligées et les garantes de l'exécution des engagements pris³⁴. Ces derniers portent cependant sur des «droits» qui s'adressent aux individus, et qui n'ont dès lors pas de «titulaires» proprement dits, mais plutôt des bénéficiaires de fait, d'ailleurs déterminés par les dispositions des traités.

A ce sujet aussi, le Pacte international de 1966 est moins précis que la Charte sociale européenne. Celui-là prescrit aux Etats d'assurer «à chacun», ou «à toute personne» les droits économiques, sociaux et culturels, hormis bien sûr ceux qui visent les personnes se trouvant dans une situation déterminée (ainsi, l'article 10 prévoit qu'une protection spéciale doit être accordée à la famille, aux mères salariées, aux enfants et adolescents). Celle-ci distingue davantage entre les catégories de droits : certains sont reconnus «à toutes les personnes» (le droit à la protection de la santé, article 11 ; le droit au bénéfice des services sociaux, article 14 ; le droit à l'orientation et à la formation professionnelles, articles 9 et 10) ; d'autres sont garantis seulement aux «travailleurs», c'est-à-dire aux employés salariés (le droit de gagner sa vie par un travail librement choisi, article 1^{er} ; le droit à des conditions de travail équitables, article 2 ; le droit à la sécurité et à l'hygiène dans le travail, article 3 ; le droit à une rémunération équitable, article 4 ; le droit à la sécurité sociale, article 12 ; la liberté de faire la grève, article 6)³⁵ ; d'autres encore sont assurés à la fois aux salariés et à leurs employeurs (liberté syndicale, article 5 ; droit de négociation collective, article 6) ; d'autres enfin sont garantis aux individus placés dans une situation particulière, qu'il s'agisse de l'âge (droit des jeunes travailleurs à une protection spéciale, articles 7 et 10 ; droit des adultes à la formation et à la rééducation professionnelles, article 10), du sexe (droit des travailleuses à des congés avant et après l'accouchement, article 8), de la situation familiale (droit de la mère et de l'enfant à une protection économique et sociale, article 17), de conditions de

³⁴ Il y aura lieu d'examiner si le contrôle exercé est efficace ; cf. ci-dessous, p. 60 ss.

³⁵ WENGLER, p. 5 ss., pense qu'en dépit de la formulation ambiguë de ce droit à l'article 6, les employeurs ne peuvent recourir au *lock-out*. DELPÉRÉE, p. 571, et TAQUET, p. 25, ne se prononcent pas sur ce point.

travail dangereuses ou insalubres (droit à des congés supplémentaires, article 2), d'un état de santé déficient (droit des handicapés physiques et mentaux à la formation et à la rééducation professionnelles, article 15) ou de la nationalité (les ressortissants des Etats parties bénéficient de tous les droits déjà mentionnés, en vertu de la disposition 1 de «l'Annexe à la Charte sociale», à condition qu'ils résident légalement sur le territoire d'une partie contractante ou qu'ils y travaillent d'une manière régulière; de surcroît, ils sont seuls visés par les articles 18 et 19, qui leur confèrent le droit d'exercer une activité lucrative dans tous les pays parties, le droit de ne pas être expulsé, le droit à la protection et à l'assistance, et posent le principe de l'égalité de traitement).

En définitive, les conventions internationales ne garantissent pas des droits sociaux dont les individus seraient les titulaires. Juridiquement, elles ne lient que les Etats, et n'autorisent qu'eux à veiller au respect des obligations contractées. Mais elles déterminent le cercle des personnes qui bénéficieront en fait des mesures que les Etats s'engagent à prendre.

b) Il faut d'ailleurs rappeler la souplesse de la procédure d'exécution des traités relatifs aux droits sociaux. D'une part, les devoirs qu'y souscrivent les Etats sont peu précis; les dispositions conventionnelles définissent des buts et invitent les Etats à agir «par tous les moyens appropriés, y compris en particulier l'adoption de mesures législatives... en vue d'assurer progressivement le plein exercice des droits reconnus...» (article 2 du Pacte de l'ONU du 16 décembre 1966); assurément, certaines d'entre elles indiquent concrètement les programmes que les parties ont à réaliser et les mesures qu'elles doivent prendre, mais les termes utilisés sont toujours assez larges pour laisser aux Etats une grande liberté. D'autre part et surtout, elles ne confient aux institutions internationales qu'un pouvoir restreint de contrôle; elles prévoient même à cet égard une procédure toute différente de celle qu'organisent les traités sur les libertés individuelles.

Ainsi, le Pacte international de 1966 relatif aux droits civils et politiques crée un Comité des droits de l'homme (article 28), dont les parties peuvent reconnaître la compétence «pour recevoir et examiner des communications dans lesquelles un Etat partie pré-

tend qu'un autre Etat partie ne s'acquitte pas de ses obligations au titre du présent Pacte» (article 41, alinéa 1). Certes, il ne s'agit pas d'un tribunal, mais plutôt d'une Commission d'experts qui met ses bons offices à la disposition des intéressés (article 41, alinéa 1, *litt. e*); toutefois, elle doit présenter un rapport spécial sur chaque affaire et peut, avec l'assentiment des parties, désigner une Commission de conciliation *ad hoc* qui recherchera une solution amiable du différend, «fondée sur le respect du présent Pacte» (article 42). Le Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels n'institue aucun organe semblable et se contente d'habiliter le Conseil économique et social à «présenter de temps en temps à l'Assemblée générale des rapports contenant des recommandations de caractère général et un résumé des renseignements reçus des Etats parties au présent Pacte et des institutions spécialisées sur les mesures prises et les progrès accomplis...» (article 21)³⁶. Un Etat n'est pas fondé à faire valoir qu'une des parties ne respecte pas ses engagements, et le Conseil ne peut pas soumettre une telle question à l'Assemblée générale. Il n'est même pas certain que celle-ci puisse s'en saisir *sponte sua* en vertu des compétences ordinaires que lui attribue la Charte des Nations Unies³⁷.

De même, la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales fonde une Commission et une Cour européennes des droits de l'homme, dont les Etats parties peuvent déclarer reconnaître la juridiction obligatoire. Lorsque l'un d'eux fait l'objet d'une requête devant la Commission, celle-ci peut soit transmettre seulement au Comité des Ministres du Conseil de l'Europe un rapport «dans lequel elle constate les faits et formule un avis sur le point de savoir si les faits constatés révèlent une violation» des droits garantis, en exprimant «les propositions qu'elle juge appropriées» (article 31, alinéas 1 et 3), soit, en outre, saisir la Cour, qui, si elle se juge compétente, rend un arrêt définitif (article 52), dont le Comité des Ministres «surveille l'exécution»

³⁶ Cf. ci-dessus, p.49.

³⁷ L'article 13 *litt. b*) prévoit notamment: «L'Assemblée générale provoque des études et fait des recommandations en vue de développer la coopération internationale dans les domaines économique, social, de la culture intellectuelle et de l'éducation, de la santé publique...»

(article 54). Au contraire, la Charte sociale européenne échappe entièrement à la juridiction de la Commission aussi bien qu'à celle de la Cour ; elle crée simplement un Comité d'experts et un Sous-comité social gouvernemental pour examiner les rapports des Etats sur les progrès accomplis et ne permet qu'au Comité des Ministres d'«adresser toutes recommandations nécessaires à chacune des parties contractantes» (article 29)³⁸. Aucune d'elles n'a qualité pour dénoncer un pays qui violerait les droits garantis ; la procédure de contrôle n'a pas de caractère judiciaire et ne conduit pas à un jugement obligatoire, à la différence de celle qu'institue la Convention de sauvegarde.

Quant au projet, dit de Santiago, de Convention panaméricaine pour la protection des droits de l'homme³⁹, il établissait également une Commission et une Cour de justice, tout en leur attribuant des compétences différentes selon qu'étaient en cause la violation des droits civils et politiques ou celle des droits économiques, sociaux et culturels. Dans le premier cas, la Commission pouvait être saisie de litiges, soit par un Etat, soit par un individu ou une association, et la Cour était compétente pour connaître des requêtes présentées par une partie contractante ou par la Commission (articles 48, 49 et 72). Dans le second, en revanche, la procédure était seulement gracieuse, c'est-à-dire que la Commission devait se borner à recevoir les rapports des parties, à entreprendre des enquêtes et des études, ainsi qu'à faire des observations et des recommandations (articles 58 et 59) ; pour sa part, la Cour était dépourvue de toute compétence matérielle pour statuer sur des manquements aux droits économiques, sociaux et culturels (article 72).

Il est significatif que l'exécution de toutes les dispositions conventionnelles sur les droits sociaux soit soumise à un contrôle purement politique. Dès lors que la procédure prévue en matière de droits civils et politiques et de libertés individuelles est différente, il est permis d'en déduire que les auteurs des traités opèrent une distinction essentielle entre les uns et les autres droits : tandis que l'application des seconds est susceptible d'un contrôle judiciaire, celle des premiers ne l'est pas, en raison de leur nature particulière.

³⁸ Cf. ci-dessus, p. 53.

³⁹ Cf. ci-dessus, p. 57.

c) Puisque d'une part la procédure internationale d'exécution des droits sociaux n'a pas de caractère judiciaire, et que d'autre part les personnes ne sont pas recevables à les faire valoir devant les institutions internationales, la question si elles peuvent tout au moins en exiger le respect devant les tribunaux internes devient importante. Lorsqu'une disposition conventionnelle du droit des gens est susceptible d'être immédiatement appliquée par les organes administratifs et judiciaires internes, sans qu'aucune mesure préalable soit nécessaire, elle est qualifiée de «*self-executing*»⁴⁰. Par suite, l'individu est fondé à invoquer dans l'ordre juridique interne toute clause d'un traité qui remplit une double condition. Il faut d'abord qu'elle confère un droit aux personnes; ensuite, qu'elle se prête à une application directe. Il appartient aux organes internes de vérifier dans chaque cas que ces exigences sont satisfaites⁴¹, en interprétant la règle internationale prétendument violée.

Dans le Pacte de 1966, relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, la seconde condition fait évidemment défaut. Son article 2 ne précise-t-il pas que «chacun des Etats parties... s'engage à agir... en vue d'assurer progressivement le plein exercice des droits reconnus dans le présent Pacte par tous les moyens appropriés, y compris en particulier l'adoption de mesures législatives»? Cette disposition exprime clairement l'intention de ses auteurs de refuser tout caractère *self-executing* aux droits garantis par le Pacte. Au surplus, ceux-ci ne s'adressent pas directement aux individus; ils impliquent que l'Etat édicte la législation nécessaire et crée des services publics pour l'appliquer.

Quant à la Charte sociale européenne, elle résoud le problème plus nettement encore, car l'Annexe à la Troisième Partie prévoit: «Il est entendu que la Charte contient des engagements juridiques de caractère international dont l'application est soumise au seul

⁴⁰ La doctrine française ne traduit pas ce terme, qui est d'origine américaine, car c'est la Constitution fédérale des Etats-Unis (article 6, clause 2) qui a, la première, consacré la primauté du droit international. Voir J. RUSSOTTO, L'application des traités *self-executing* en droit américain, thèse Lausanne, 1969, p. 152ss.

⁴¹ GANSHOF VAN DER MEERSCH, p. 351s.

contrôle visé par la Partie IV.» Le sens de cette clause n'est pas dou-teux : elle interdit aux particuliers de faire valoir devant les tribunaux internes les violations de la Charte, qu'elle déclare expressément non *self-executing*⁴².

En conséquence, les traités internationaux qui garantissent des droits sociaux ne sont pas directement applicables par les organes administratifs et judiciaires des Etats. On pourrait s'en étonner, dès lors qu'ils ont pour but d'améliorer le sort des êtres humains, voire le regretter, dans la mesure où le principe de la primauté du droit des gens subit ainsi une exception importante. Cependant, celle-ci s'explique aisément, par des considérations politiques aussi bien que techniques. D'une part, n'ayant pas à répondre devant leurs propres tribunaux de leur carence éventuelle dans l'exécution de la Charte, les pays sont encouragés à la ratifier. D'autre part, la Charte reconnaît des droits qui, par leur structure, ne sont pas susceptibles d'une application immédiate et doivent, pour devenir effectifs, faire l'objet d'une réglementation détaillée ; elle se contente de fixer des buts et d'indiquer quelques moyens d'y parvenir ; par suite, tant que les Etats n'ont pas pris les mesures dont elle appelle l'adoption, ses dispositions ne peuvent servir de fondements à des actions en justice⁴³.

d) La doctrine conteste volontiers l'efficacité des traités internationaux relatifs aux droits sociaux. Elle relève d'abord que les Etats peuvent limiter la portée de leurs obligations en n'adhérant qu'à une partie des dispositions conventionnelles⁴⁴, et met en évidence la faiblesse de la procédure d'exécution⁴⁵. Elle considère ensuite que les droits sociaux font naître des devoirs pour le législateur interne et se prêtent donc difficilement, par leur structure, à

⁴² WENGLER, p. 10ss. ; DELPÉRÉE, p. 574s.

⁴³ Au surplus, le contrôle judiciaire de l'exécution des dispositions conventionnelles relatives aux droits sociaux se heurterait bien entendu aux mêmes difficultés que celui des normes constitutionnelles sur le même objet. A cet égard, cf. ci-dessous, p. 139ss.

⁴⁴ La Troisième Partie de la Charte européenne notamment permet aux Etats de ne se «considérer comme liés» que par un certain nombre d'articles. Cf. ci-dessous, p. 65.

⁴⁵ NATOLI, p. 95ss.

une garantie internationale⁴⁶. Certains auteurs reconnaissent toutefois que les parties contractantes prennent l'engagement de réaliser le programme qu'elles ont défini ensemble⁴⁷.

Or il convient d'analyser l'effet obligatoire des traités avant d'en apprécier la valeur. A la différence de la Déclaration universelle de 1948, le Pacte de 1966, la Charte sociale européenne, le Code européen de sécurité sociale et le Traité de Rome sont de véritables conventions, soumises à la ratification des Etats. En y adhérant, ceux-ci promettent de respecter des règles juridiques. Ainsi, les dispositions du Pacte de l'ONU relatif aux droits économiques, sociaux et culturels précisent que les parties «reconnaissent» un droit et «s'engagent à l'assurer». La Troisième Partie de la Charte européenne invite les Etats à tenir la Première Partie pour «une déclaration déterminant les objectifs», mais aussi à «se considérer comme liés» par au moins cinq des sept principaux articles de la Deuxième Partie (les articles 1, 5, 6, 12, 13, 16 et 19) et par cinq des douze autres articles (article 20, alinéa 1).

Assurément, l'objet des engagements souscrits n'est pas exactement défini. Les traités déterminent avant tout des objectifs. Ils indiquent aussi les moyens d'y parvenir, mais laissent aux pays le soin d'en user. Il ressemblent donc à des programmes de politique sociale, que les Parlements internes doivent réaliser en édictant des lois et en créant les services administratifs compétents pour les appliquer⁴⁸. C'est dire qu'ils donnent aux législateurs le mandat d'adapter leur œuvre au but fixé⁴⁹. A ce titre, la Charte sociale européenne est certes moins imprécise que le Pacte international de 1966, car elle décrit plus minutieusement les mesures à prendre; mais on ne saurait y voir qu'une différence de degré, la nature des obligations imposées par l'une et par l'autre étant la même.

⁴⁶ Voir la prise de position du professeur U. SCHEUNER dans *Menschenrechte im Staatsrecht und im Völkerrecht*, p. 196ss.

⁴⁷ DELPÉRÉE, p. 579; MC DOUGAL, p. 516s.

⁴⁸ SCHAMBECK, p. 79, parle à cet égard d'un *Sozialgestaltungsauftrag*.

⁴⁹ Leur effet peut ainsi être comparé à celui de la clause de «l'Etat de droit social» inscrite à l'article 28 de la Loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne. Cf. ci-dessous, p. 105ss.

En outre, non seulement aucun délai n'est imparti aux Etats pour atteindre les buts visés, mais encore le contrôle de l'application des dispositions conventionnelles est de caractère purement politique. Aussi les progrès attendus dépendront-ils des conditions économiques et des possibilités financières propres à chaque pays, notamment de l'amélioration de la productivité; il est probable que les objectifs sociaux seraient – au moins provisoirement – abandonnés en cas de crise, sans d'ailleurs que les engagements contractés soient violés, puisque ceux-ci ne doivent pas être remplis à date fixe. De plus, leur exécution, soumise à la surveillance d'organes politiques, n'est pas garantie efficacement: les Gouvernements n'ont guère d'intérêt à dénoncer les manquements de leurs cocontractants, et moins encore à les condamner.

Alors que la Charte sociale a été mise en vigueur il y a quelques années seulement, le Pacte de 1966 ne l'est pas encore. Il est trop tôt pour évaluer leur effet sur les législations internes. Mais, si le diagnostic est prématuré, en revanche il est permis de faire un pronostic. Vraisemblablement, les conventions internationales stimuleront le zèle des constituants à reconnaître les droits sociaux et leur influence s'exercera à trois égards principalement. D'abord, elles conduisent à l'unification du droit social des pays contractants et, partant, facilitent les échanges des uns aux autres; elles posent en particulier le principe de l'égalité de traitement entre les nationaux et les étrangers et encouragent la migration des travailleurs. Ensuite, elles cherchent à susciter les efforts conjoints des Gouvernements en vue d'un progrès social commun aux divers peuples et donc favorable au maintien de la paix. Enfin, elles s'inspirent d'une considération moins idéaliste et sans doute plus convaincante: les avantages sociaux conférés aux salariés par un Etat font inévitablement monter les prix et, s'ils sont accordés unilatéralement, rendent ses produits moins compétitifs sur le marché international; aussi est-il tentant d'opposer cet argument à la revendication de nombreux droits sociaux; mais, le raisonnement est privé de valeur dès lors que tous les pays s'engagent à reconnaître les mêmes droits et supportent des charges semblables. En définitive, l'efficacité des traités internationaux relatifs aux droits économiques, sociaux et culturels dépendra avant tout de l'intérêt,

idéal ou matériel, que leur porteront les Etats et ne souffrira pas nécessairement des lacunes qu'on peut aisément y constater.

§ 2. Le droit interne

Avant de définir les droits sociaux, de les diviser en diverses catégories et d'en étudier la nature juridique, il faut mentionner les dispositions de la Constitution fédérale qui portent sur des objets économiques, sociaux et culturels (ch. 1). Mais, en Suisse, la matière relève encore pour une large part du droit désirable; aussi n'est-il pas inutile de décrire les droits sociaux reconnus par d'autres Etats (ch. 2).

1. Les règles qui forment la *Constitution sociale (Sozialverfassung)* de la Suisse ne sont pas toutes récentes. Cependant, elles ont été, pour la plupart, édictées au cours du XX^e siècle. Au reste, il ne suffirait point d'évoquer seulement celles qui ont été adoptées par le peuple et les cantons (a). Il y a lieu de rappeler également les initiatives qui ont été soumises à leur suffrage et n'ont pas trouvé grâce (b).

a) La Constitution du 12 septembre 1848 assignait déjà pour but à la Confédération «de protéger la liberté et les droits des Confédérés et d'accroître leur prospérité commune» (article 2). Cet objectif ne fut pas déterminé d'une façon plus précise en 1874. Mais il est complété depuis 1947 par un nouvel article 31^{bis}, alinéa 1, qui prévoit: «Dans les limites de ses attributions constitutionnelles, la Confédération prend des mesures propres à augmenter le bien-être général et à procurer la sécurité économique des citoyens.» De telles dispositions ne confèrent aucun droit aux personnes, ni aucune compétence aux autorités fédérales. Elles expriment seulement l'intention du constituant de créer un Etat qui se rapproche de l'Etat providence. La Confédération tire ses pouvoirs de règles matérielles que l'on peut répartir en trois groupes: les articles économiques, sociaux et culturels.

D'abord, l'article 31, alinéa 1, de la Constitution fédérale garantit la liberté du commerce et de l'industrie, mais l'article 31^{bis},

alinéa 3, permet d'y déroger, «lorsque l'intérêt général le justifie», et à des fins expressément définies. Quant à l'article 31^{quinquies}, il autorise également la Confédération à prendre des mesures de politique économique, pour prévenir les crises et combattre le chômage, et à édicter «des dispositions sur les moyens de procurer du travail». Cependant, il ne prévoit pas nettement que les unes et les autres peuvent déroger à la liberté économique; aussi le Conseil fédéral propose-t-il de le réviser pour remédier à cette lacune et pour étendre les compétences fédérales; son projet, publié récemment¹, précise d'ailleurs que les mesures tendant à «assurer l'équilibre de l'évolution conjoncturelle» seront prises «principalement dans les secteurs de la monnaie et du crédit, des finances publiques et des relations économiques extérieures». C'est donc avant tout par sa politique fiscale, financière et commerciale que l'Etat entend désormais influer sur le cours de l'économie.

Ensuite, les dispositions constitutionnelles qui touchent le domaine social proprement dit se divisent elles-mêmes en trois catégories. La première comprend des règles qui protègent particulièrement des personnes déterminées ou certaines activités; ainsi, l'article 34^{quinquies}, alinéa 1, invite la Confédération à tenir compte, dans l'exercice de ses pouvoirs, «des besoins de la famille»; les articles 34 et 34^{ter} l'habitent à légiférer sur la protection des ouvriers et employés, notamment sur le travail des enfants, sur «l'exercice des industries insalubres et dangereuses», sur la durée du travail, sur la force obligatoire générale des contrats collectifs; la Confédération est aussi appelée, par les articles 32^{bis} à 32^{quater}, à lutter contre l'alcoolisme et, par les articles 69 et 69^{bis}, à combattre les maladies transmissibles ou très répandues, ainsi que les dangers que peuvent faire naître les denrées alimentaires, les articles de ménage et les autres objets usuels; elle peut encore, en vertu des articles 34^{sexies} et ^{septies}, adoptés le 5 mars 1972, encourager la construction de logements et protéger les locataires contre les abus des propriétaires; quant aux articles 24^{quinquies} à 24^{septies}, ils prévoient la sauvegarde de la nature et du paysage, «la protection de l'homme et de son milieu naturel» contre les atteintes nuisibles ou

¹ FF 1973, fasc. 6, p. 113 ss.

incommodes, la pollution de l'air et le bruit, les dangers des rayons ionisants. La deuxième catégorie renferme des dispositions qui créent des assurances sociales pour couvrir les risques de mort ou de maladie permanente encourus pendant le service militaire (article 18, alinéa 2), ainsi que les conséquences du chômage (article 34^{ter}, alinéa 1, *litt. g*), de la vieillesse et de l'invalidité (article 34^{quater}, qui prévoit également l'assurance des survivants) et de la maternité (article 34^{quinquies}, qui autorise aussi la Confédération à légiférer sur les caisses de compensation familiales). Le troisième groupe des règles relatives à l'assistance : celle-ci étant en principe à la charge des cantons et de la commune d'origine², l'article 48 permet à la Confédération d'édicter «les dispositions nécessaires pour régler ce qui concerne les frais de maladie et de sépulture des ressortissants pauvres d'un canton tombés malades ou décédés dans un autre canton»³; en outre, l'article 53, alinéa 2, oblige l'Etat à assurer une sépulture décente à toute personne décédée; le Tribunal fédéral enfin déduit du principe d'égalité posé par l'article 4 un droit des indigents à l'assistance judiciaire⁴.

En troisième lieu, la Constitution fédérale contient des dispositions qui portent sur des objets culturels. L'article 27, alinéa 2, oblige les cantons à dispenser une instruction primaire suffisante, obligatoire et gratuite. Pour les aider à remplir ce devoir, la Confédération leur alloue d'ailleurs des subventions, en vertu de l'article 27^{bis}. De plus, elle est compétente pour encourager la production cinématographique (article 27^{ter}) et la recherche scientifique (article 27^{sexies}, alinéa 1). Disposant déjà de deux écoles polytechniques, elle pourrait créer une université fédérale (article 27, alinéa 1) et des établissements de recherche (article 27^{sexies}, alinéa 2)⁵. L'article 34^{ter}, alinéa 1, *litt. g*, lui permet encore de légiférer «sur la formation professionnelle dans l'industrie, les arts et métiers, le commerce, l'agriculture et le service de maison».

² Telle est la règle qui ressort de l'article 45, alinéa 3, du moins quand l'assistance a un caractère permanent. Toutefois, depuis 1966, tous les cantons sont parties au concordat du 25 mai 1959 sur l'assistance au domicile.

³ La loi fédérale est du 22 juin 1875. R.S. 8, p. 719.

⁴ AUBERT, vol. II, p. 653ss.

⁵ L'article 27^{sexies} a été adopté le 4 mars 1973.

Ainsi, en matière économique, sociale et culturelle, les règles abondent dans la Constitution fédérale et leur nombre augmente presque chaque année. C'est qu'elles ne s'inspirent pas d'un système cohérent, mais résultent des nécessités du moment⁶. Au reste, elles seraient plus nombreuses encore si le peuple et les cantons n'avaient pas rejeté plusieurs initiatives qui tendaient à les compléter.

b) Il convient de n'étudier que les plus importantes de celles-ci. La première visait à introduire dans la Constitution fédérale un article qui garantît le droit au travail. L'alinéa 1^{er} prévoyait : «Le droit à un travail suffisamment rétribué est reconnu à chaque citoyen suisse. La législation fédérale, celles des cantons et des communes doivent rendre ce droit effectif par tous les moyens possibles.» L'alinéa 2 énumérait en outre les mesures que les autorités étaient invitées à prendre à une telle fin : réduire les heures de travail, créer des bureaux de placement, protéger les ouvriers contre les renvois injustifiés, assurer les salariés contre le chômage, protéger efficacement la liberté syndicale, enfin «établir une juridiction officielle des ouvriers vis-à-vis de leurs patrons et organiser d'une manière démocratique le travail dans les fabriques et ateliers, notamment dans ceux de l'Etat et des communes». Dans son Rapport, le Conseil fédéral s'abstint de donner son avis sur ces propositions⁷, qui furent vivement critiquées par les Chambres et ne recueillirent que deux voix contre 108 au Conseil national⁸. On leur adressait quatre reproches principaux. D'abord, l'initiative était jugée «absolument subversive, car elle procède d'une autre conception de l'Etat que celle sur laquelle se basent nos institutions... ; il s'agit de faire brêche dans l'organisation sociale actuelle, et l'inscription du droit au travail dans la Constitution serait la première porte ouverte contre la production privée»⁹. Ensuite, des orateurs relevèrent que le droit au travail n'est pas le remède idoine au chômage et qu'il va même à fin contraire, car il rend moins

⁶ On verra, dans la Seconde Partie, qu'il n'est pas toujours facile de définir leur nature juridique et leur portée.

⁷ FF 1893 IV, p. 375 ss.

⁸ B.St.CN 1893–1894, p. 655.

⁹ Ibidem, p. 586 (rapport de langue française de M. STOCKMAR).

compétitive la production nationale, qui dépend des exportations¹⁰. Puis, un député fit observer que seuls les ouvriers, à la différence notamment des agriculteurs, seraient les titulaires d'un tel droit¹¹. Il prétendit enfin que les mesures légales de protection «tendent d'une manière générale à énerver les caractères, en supprimant ou, tout au moins, en affaiblissant les sentiments d'émulation, de prévoyance et de responsabilité personnelles»¹². L'initiative, rencontrant une aussi forte opposition, fut repoussée par une large majorité des citoyens (308 000 contre 76 000) et par tous les cantons, le 3 juin 1894.

Quarante-neuf ans plus tard, l'Alliance des Indépendants déposait pourtant une demande d'initiative sur un objet semblable. L'article proposé garantissait également le «droit au travail»; il appelait en outre la Confédération à «assurer la mise en œuvre complète et permanente des forces productives de la nation sur la base de salaires suffisants à l'existence» et à encourager les initiatives privées «tendant à préparer et à exécuter des travaux»; il prévoyait enfin: «Aussi longtemps qu'un Suisse est privé du travail approprié auquel il a droit, il touche un salaire de compensation»¹³. Cette initiative rencontra les mêmes obstacles que la précédente. On lui reprocha, de surcroît, d'être imprécise sur deux points essentiels, c'est-à-dire de ne pas déterminer nettement la portée et le cercle des titulaires du droit au travail¹⁴. Elle n'obtint que 7 voix au Conseil national, contre 114, et fut repoussée par le peuple aussi bien que par tous les cantons, le 8 décembre 1946¹⁵.

Quelques semaines auparavant, le Conseil fédéral avait pris position sur une demande d'initiative «concernant la réforme économique et les droits du travail», qui avait été déposée le 10 septembre 1943, par le parti socialiste suisse¹⁶. Celui-ci voulait donner une

¹⁰ Ibidem, p. 613ss. (M. HELLER) et 645ss. (M. TISSOT).

¹¹ Ibidem, p. 619 (M. THÉRAULAZ).

¹² Ibidem.

¹³ Voir la brochure de G. DUTTWEILER et H. MÜNZ, *Vollbeschäftigung und Recht auf Arbeit in der freien Wirtschaft*, publiée le 30 août 1945.

¹⁴ FF 1946 II, p. 762ss. (Rapport du Conseil fédéral); B.St.CN 1946, p. 709ss. (Rapport de langue allemande de M. WICK).

¹⁵ Il y eut 525 000 non contre 125 000 oui.

¹⁶ FF 1946 III, p. 797 (Rapport du Conseil fédéral, du 14 octobre 1946).

nouvelle teneur à l'article 31 : «1) L'économie nationale est l'affaire du peuple entier. 2) Le capital doit être mis au service du travail, de l'essor économique général et du bien-être du peuple... 4) La situation matérielle des citoyens et de leurs familles doit être assurée. 5) Le droit au travail et la juste rémunération du travail sont garantis...» Le gouvernement n'accueillit pas cette proposition plus favorablement que les autres et lui opposa les mêmes arguments. Mais il mit surtout en évidence l'intention des auteurs de l'initiative de réformer profondément la structure de l'économie et d'établir un «système planifié, appelé à se substituer au régime actuel»¹⁷. Aussi le débat devant les Chambres fut-il animé. Le texte proposé recueillit 50 voix contre 108 au Conseil national¹⁸. Conformément à la recommandation du Parlement, il fut rejeté par le peuple¹⁹ et par tous les cantons, le 18 mai 1947.

Vingt ans plus tard, un Comité d'action suisse pour le droit au logement présentait une demande d'initiative tendant à l'adoption d'un article 34^{sexies}, qui prévoyait: «La Confédération reconnaît le droit au logement et à cet effet prend les mesures nécessaires pour que les familles et les personnes seules puissent obtenir un logement répondant à leurs besoins et dont le loyer ou le coût n'excède pas leur capacité financière...» Le projet ne fut pas non plus approuvé par le Conseil fédéral, dont le message relève que notre ordre social et économique «implique le maximum possible de liberté, d'indépendance, de responsabilité individuelle et de sécurité sociale»²⁰. Dès lors, le Gouvernement conclut: «En réalisant les objectifs de l'initiative populaire, on tendrait à instituer en matière de logement un régime étatique d'économie dirigée... Le but consistant à améliorer de manière générale la situation du marché des logements ne saurait être atteint par la voie proposée. L'initiative populaire est incompatible avec notre régime de liberté. Il ne saurait être question de faire de l'Etat un arbitre statuant sur les besoins des citoyens dans le domaine du logement. Son activité... doit rester subsidiaire... Une intervention directe

¹⁷ Ibidem, p. 808.

¹⁸ B.St.CN 1946, p. 1015.

¹⁹ Il obtint 240000 voix, contre 540000.

²⁰ FF 1969 II, p. 903.

de l'Etat ne se justifie que dans certains cas particulièrement graves...»²¹ Les Chambres fédérales se rangèrent à cet avis et recommandèrent le rejet de l'initiative, qui fut en effet repoussée, le 27 septembre 1970, par le peuple et les cantons.

Une dernière initiative émanait du Conseil fédéral lui-même qui, le 19 janvier 1972, soumit au Parlement un projet de révision de l'article 27, alinéa 1^{er}, de la Constitution fédérale (le texte proposé prévoyait: «Chaque habitant a le droit d'acquérir une formation conforme à ses aptitudes.») et de l'article 27^{bis} (la nouvelle version avait la teneur suivante: «1) L'enseignement est du domaine commun de la Confédération et des cantons. 2) La formation relève des cantons avant et pendant la scolarité obligatoire. Les cantons veillent à assurer la coordination dans ce domaine. La Confédération encourage leurs efforts; elle peut édicter des prescriptions sur la coordination. 3) La formation professionnelle relève de la Confédération...»). Dans son Message, le Gouvernement soulignait la nouveauté du droit à la formation et définissait sa portée²²: il implique en premier lieu que toute discrimination quant à l'accès des personnes à l'instruction est interdite; il empêche ensuite l'Etat de contraindre un individu à suivre une formation qui n'est pas conforme à ses aptitudes ou à ses goûts; il entraîne aussi la gratuité de l'enseignement – tout au moins primaire; puis, il garantit une formation adéquate aux handicapés; enfin, il oblige les autorités à développer l'enseignement autant que possible. Au Conseil des Etats, le projet gouvernemental se heurta à l'opposition de quelques orateurs, qui le jugeaient trop ambitieux²³. L'un d'eux proposa de dire simplement à l'article 27, alinéa 1: «L'enseignement est du domaine commun de la Confédération et des cantons.» Cet amendement recueillit 10 voix, alors que 26 se portèrent sur la version du Conseil fédéral²⁴. La Chambre basse se divisa davantage encore. La majorité de sa Commission se prononçait pour le texte

²¹ Ibidem, p. 908. Lors de la votation du 27 septembre 1970, 12 cantons et 4 demi-cantons, 360000 citoyens se prononcèrent contre l'initiative, qu'acceptèrent 7 cantons et 2 demi-cantons et 344000 électeurs.

²² FF 1972 I, p.415ss.

²³ B.St.CE 1972, p.130 (M. GUISAN) et p. 125ss. (M. MÜNZ).

²⁴ Ibidem, p.132.

le plus large: «Le droit d'acquérir une formation est garanti.» Quant à la minorité, elle était partagée; les uns se ralliaient à la résolution du Conseil des Etats; les autres préféraient la disposition suivante: «Chaque habitant a droit à une formation propre à faire de lui un être humain complet.»²⁵ Entre les deux propositions de la minorité, le Conseil National choisit la première, par 107 voix contre 41; mais au vote définitif, il opta pour le projet de la majorité, qui obtint 82 voix, 81 allant au texte soumis par le Conseil fédéral²⁶. La Chambre haute se rangea à cette décision²⁷. Le 4 mars 1973, les cantons rejetèrent les nouveaux articles 27 et 27^{bis}, qu'une faible majorité du peuple était prête à accepter²⁸.

2. L'étude de *quelques droits étrangers* permettra d'intéressantes comparaisons. Mais, pour être utile, elle doit se limiter aux lois de pays européens ou proches de la Suisse quant à leur situation géographique ou quant à leur structure. Aussi ne portera-t-elle que sur les Constitutions de certains Etats occidentaux, européens (a) et américains (b), ainsi que sur le système des démocraties populaires d'Europe orientale (c).

a) Le chapitre 1^{er} de la Loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne contient un catalogue des droits fondamentaux. Ils sont applicables directement et lient l'activité de tous les organes de l'Etat, qu'il s'agisse du législatif, de l'exécutif ou du judiciaire (article 1^{er}, alinéa 3). Au reste, ils découlent du principe posé à l'article 1^{er}, alinéa 1, qui déclare inviolable la dignité humaine et oblige chaque service de l'Etat à la respecter et à la protéger. Aucun d'eux n'apparaît nettement comme un droit social. Tous sont des libertés individuelles classiques. Mais certains sont définis avec précision par le constituant, qui leur apporte une nuance sociale. Ainsi, l'article 6, alinéa 1, place le mariage et la

²⁵ B.St.CN 1872, p. 1050. M. OHEN proposait enfin un texte différent: «Tout habitant a le droit d'acquérir une formation conforme à ses aptitudes et aux exigences de l'éologie.»

²⁶ Ibidem, p. 1064.

²⁷ B.St.CE 1972, p. 583.

²⁸ Il y eut 507000 voix, neuf cantons et trois demi-cantons pour l'initiative, 454000 voix, dix cantons et trois demi-cantons contre.

famille sous la protection particulière de l'Etat, alors que l'alinéa 4 assure à la mère la protection et l'assistance de la communauté, et que l'alinéa 5 invite le législateur à faire en sorte que la situation et le développement des enfants illégitimes soient les mêmes que ceux des enfants légitimes. L'importance sociale de la famille étant reconnue, l'Etat doit la protéger dans ses lois et la sauvegarder par ses prestations²⁹. En outre, l'article 14 garantit la propriété privée, dont le contenu et les limites sont fixés par la loi. Mais il lui donne un aspect social en ajoutant que la propriété oblige et que son usage doit contribuer en même temps au bien de la communauté. Il exige donc que l'exercice des droits réels serve les intérêts de la collectivité ou que, tout au moins, il ne leur soit pas contraire. L'article 3 proclame le principe de l'égalité, notamment entre les hommes et les femmes (alinéas 2 et 3); son application a permis d'imposer l'égalité des salaires versés aux uns et aux autres³⁰. L'article 12, alinéa 1, reconnaît aux Allemands le droit de choisir librement leur profession et le lieu de leurs études; la Cour constitutionnelle en a déduit que les universités ne peuvent introduire un *numerus clausus* pour l'accès à certaines facultés qu'en cas de nécessité absolue³¹. Le Chapitre II de la Loi fondamentale concerne l'Etat fédéral et les pays (*Länder*). Deux de ses dispositions marquent le caractère social du régime de Bonn. L'article 20 prévoit que la République fédérale d'Allemagne est un Etat fédéral, démocratique et social. L'article 28 précise que l'ordre constitutionnel doit obéir aux principes de l'Etat de droit républicain, démocratique et social, au sens de la Loi fondamentale³². L'interprétation de ces règles n'est pas aisée; leur portée fait l'objet d'une

²⁹ SCHMIDT-BLEIBTREU/KLEIN, p. 164ss.

³⁰ VOGEL-POLSKY, p. 68.

³¹ Arrêt du 18 juillet 1972. Cf. ci-dessous, p. 108ss.

³² Le contraste est frappant entre la Loi fondamentale et la Constitution autrichienne, qui ne garantit pas les droits sociaux et ne renferme pas de clause de «l'Etat social». Depuis 1867, le catalogue des libertés individuelles reconnues en Autriche n'a guère changé. Voir F. ERMACORA, Die Grundrechte in Österreich, in: BETTERMANN/NEUMANN/NIPPERDEY, p. 125–173; G. HINTEREGGER, Les droits de l'homme et les libertés fondamentales en Autriche, in: PELLOUX, p. 87–95; W. PAHR, Le système autrichien de protection des droits de l'homme, in: Revue des droits de l'homme, vol. I, 1968, p. 397–406.

vive controverse³³. Il importe de mentionner enfin les Constitutions des divers pays, beaucoup plus audacieuses dans le domaine social. On y trouve: le droit à un logement convenable³⁴; le droit au travail³⁵; le droit à la sécurité sociale³⁶; le droit aux loisirs³⁷; le droit à une rémunération équitable³⁸; les droit à un niveau de vie minimum³⁹; le droit du travailleur de participer à la gestion de l'entreprise⁴⁰. Deux Constitutions condamnent formellement les principes de la doctrine libérale⁴¹. La liste la plus complète est énoncée par la Constitution de Hesse, du 1^{er} décembre 1946, qui, en plus des droits déjà cités, en reconnaît de nombreux autres: elle oblige l'Etat à assurer la santé, la dignité, la vie familiale et les activités culturelles des travailleurs (article 30, alinéa 1); elle garantit à ceux-ci une indemnité s'ils tombent en chômage sans leur faute (article 28, alinéa 3); elle impose la journée de travail de huit heures, des congés le dimanche et le jour du 1^{er} mai (articles 31 et 32); elle accorde une protection particulière aux femmes et aux adolescents (articles 30 et 33); elle confère aux salariés la liberté de faire la grève (article 29) et interdit aux employeurs la représaille du *lock-out*; elle attribue aux syndicats des pouvoirs importants, à la fois dans les organes économiques de l'Etat (article 38, alinéa 3) et quant à la conclusion de conventions collectives (article 29, alinéa 2)⁴².

³³ Il y aura lieu d'étudier l'une et l'autre dans la Seconde Partie de ce rapport; cf. ci-dessous, p. 106ss.

³⁴ Constitution bavaroise du 2 décembre 1946, article 106; Constitution berlinoise du 1^{er} septembre 1950, article 19; Constitution de la ville de Brême, du 21 octobre 1947, article 14.

³⁵ Bavière, article 166; Berlin, article 12; Constitution de la Hesse, du 1^{er} décembre 1946, article 28.

³⁶ Bavière, article 171; Brême, article 57; Hesse, article 35.

³⁷ Bavière, article 174; Brême, article 56; Hesse, article 34.

³⁸ Bade, articles 37 et 41; Bavière, article 168; Hesse, article 33; Rhénanie-Palatinat, article 56; Sarre, article 47, alinéa 2.

³⁹ Berlin, article 14; Brême, article 58; Hesse, article 33.

⁴⁰ Berlin, article 17; Brême, article 47; Hesse, articles 37 et 38; Rhénanie du Nord-Westphalie, article 26.

⁴¹ Rhénanie-Palatinat, article 51; Sarre, article 43.

⁴² W. VON BRUNNECK, p. 242s.

La Constitution italienne du 27 décembre 1947 est le résultat d'un compromis entre les partisans des libertés individuelles et ceux des droits sociaux⁴³. Elle établit d'une part une démocratie parlementaire; elle condamne d'autre part le dogme libéral. Elle invite en effet la République à «éliminer les obstacles de nature économique et sociale qui, limitant la liberté et l'égalité des citoyens, empêchent le plein développement de l'individu et la participation de tous les travailleurs à l'organisation politique, économique et sociale du pays» (article 3, alinéa 2). Elle reconnaît en outre le droit de chacun au travail et oblige la République à rendre ce droit effectif (article 4). La Première Partie de la Constitution définit les droits et les devoirs des citoyens. Son Titre II concerne les rapports éthiques et sociaux. Il invite l'Etat à protéger la famille, à maintenir l'égalité juridique et morale entre les conjoints (article 29), à défendre les mères, les enfants et la jeunesse (article 31), à sauvegarder la santé, à fournir une assistance médicale gratuite aux indigents (article 32) et à permettre l'accès de chacun à l'instruction (article 34). Quant au Titre III, il touche les rapports économiques. Il prévoit une protection du travail sous toutes ses formes (article 35), et notamment des femmes et des enfants (article 37), le droit à une rémunération équitable et suffisante à l'entretien du salarié et de sa famille (article 36, alinéa 1), la limitation des heures de travail, le droit à un jour de congé hebdomadaire et à des vacances annuelles (article 36, alinéas 2 et 3), l'égalité de salaire entre les hommes et les femmes (article 37), le droit des citoyens incapables de travailler à la sécurité et à l'assistance sociales, le droit des invalides à la formation professionnelle et à la rééducation (article 38), la liberté de s'affilier à un syndicat et de faire la grève (articles 39 et 40), la garantie de la propriété privée, laquelle ne doit cependant pas être exercée de manière nuisible aux intérêts de la société (article 41), enfin le droit des travailleurs de participer à la gestion de l'entreprise (article 46). Bien entendu, il appartient au Parlement de rendre ces droits applicables en édictant la législation nécessaire⁴⁴.

⁴³ P.CALAMANDREI, p. 726ss.

⁴⁴ M. ALCIATOR, P. FOIS, p. 12ss.

La Constitution française du 4 octobre 1958 ne renferme aucune déclaration des droits de l'homme. Mais elle renvoie expressément au Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, qui garantit d'abord les libertés individuelles classiques, et «proclame, en outre, comme particulièrement nécessaires à notre temps, les principes politiques, économiques et sociaux ci-après». Ceux-ci visent d'abord des droits qui ressortissent au statut négatif: la liberté du commerce et de l'industrie, qui permet à la fois le libre choix du travail et la concurrence; la liberté de créer des syndicats, d'y adhérer, mais aussi de ne point y entrer; la liberté de faire la grève. Ils reconnaissent ensuite des droits qui appartiennent plutôt au statut positif: le droit «d'obtenir un emploi»; le droit du salarié de participer «par l'intermédiaire de ses délégués à la détermination collective des conditions de travail, ainsi qu'à la gestion des entreprises»; le droit de tous, notamment de la mère, de l'enfant et des vieux travailleurs à la protection de la santé, à la sécurité matérielle, au repos et aux loisirs; l'égal accès de l'enfant et de l'adulte à l'instruction, à la formation professionnelle et à la culture. Enfin, ils protègent la propriété privée, qui est cependant soumise à de nombreuses restrictions et peut être non seulement expropriée, mais encore nationalisée: «Tout bien, toute entreprise dont l'exploitation a, ou acquiert, les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité.»⁴⁵ En vertu du Préambule de la Constitution, ces principes découlent des idéaux de la liberté, de l'égalité et de la fraternité. La jurisprudence du Conseil d'Etat leur reconnaît une portée juridique⁴⁶.

Parmi les autres Constitutions occidentales qui touchent expressément les domaines économique, social et culturel, il faut mentionner celle de l'Irlande, qui date du 1^{er} juillet 1937 et dont

⁴⁵ Il faut relever que cette liste des droits sociaux souffre de lacunes. Elle ne comprend notamment pas le droit à une rémunération équitable. Certes, le Gouvernement remédie à ce défaut en établissant un «salaire minimum interprofessionnel garanti»; mais il crée ainsi une prétention du salarié face à son employeur et non face à l'Etat; il ne s'agit donc pas d'un droit constitutionnel. Voir DUVERGER et SFEZ, p. 615ss.

⁴⁶ PELLOUX, p. 36ss.

l'article 45 détermine des «principes directeurs de politique sociale». Ceux-ci imposent à l'Etat le devoir de faire en sorte que les citoyens puissent subvenir à leurs besoins essentiels, que l'industrie et le commerce se développent sans toutefois se concentrer dans les mains de quelques individus, que les classes défavorisées, notamment les infirmes, les veuves, les orphelins et les vieillards soient assistés et que la santé de chacun soit protégée. L'article 45 précise d'ailleurs que ces règles ne sont pas «justiciables», c'est-à-dire que les individus ne sauraient s'en prévaloir devant les tribunaux. Il importe de citer également la Constitution cypriote du 6 avril 1960, entrée en vigueur le 16 août suivant. Elle garantit d'abord la liberté du travail, du commerce et de l'industrie (article 25), dont la portée est limitée aux relations entre l'individu et l'Etat par la jurisprudence⁴⁷. Elle reconnaît ensuite la liberté des contrats, non sans protéger toutefois les rapports entre les particuliers: «Une loi préviendra l'exploitation par les individus du pouvoir économique.» (article 26, alinéa 1) Elle prévoit la liberté de créer un syndicat, de s'y affilier et de faire la grève (articles 21 et 27). Enfin, l'article 9 dispose que chacun a droit à une existence décente et à la sécurité sociale, et qu'une loi assurera la protection des travailleurs, l'assistance des pauvres et instituera un système d'assurances sociales; cette règle renferme à la fois un programme de politique économique et sociale et confie au Parlement le mandat d'édicter la législation nécessaire⁴⁸.

Certaines constitutions des pays d'Europe occidentale ne garantissent pas formellement les droits sociaux, abandonnant cette tâche au législateur. Il en est ainsi en Autriche, dans les Etats scandinaves, en Finlande, en Belgique, aux Pays-Bas et en Angleterre. La liberté de former des syndicats et celle de faire la grève y sont généralement reconnues par la loi, de même que celle de fonder une famille, de choisir sa profession et son lieu de travail, de

⁴⁷ TORNARITIS, p. 544, n. 51.

⁴⁸ TORNARITIS, p. 542ss. La Constitution turque du 9 juillet 1961 allait plus loin encore, car elle garantissait, outre la liberté du travail, le droit au travail (articles 40, 42 et 43), aux loisirs (article 44), à la sécurité sociale (article 48), au logement et aux soins médicaux (article 49). Voir ABADAN, p. 368ss.; KUBALI, p. 256.

voyer et d'émigrer⁴⁹. Toutefois, la Constitution luxembourgeoise du 17 octobre 1868 fait exception, dans la mesure où elle accorde le droit au travail (article 11, alinéa 4) et à l'enseignement primaire gratuit (article 23, alinéa 1), et où elle affirme que la législation pourvoit à la sécurité sociale, à la protection de la santé, aux congés des travailleurs et à la liberté des syndicats (article 11, alinéa 5). Au contraire, la Constitution danoise du 5 juin 1953 se contente d'indiquer que des efforts doivent être accomplis pour fournir du travail à chaque citoyen valide de manière à assurer son existence (article 75, alinéa 1). Quant à la Constitution finlandaise du 17 juillet 1919, elle place simplement le travail sous la protection particulière de l'Etat (article 6, alinéa 2) et prévoit la gratuité de l'enseignement primaire (article 80, alinéa 2)⁵⁰.

b) La Constitution des Etats-Unis ne touche guère les domaines économique, social et culturel que pour répartir les compétences entre les Etats et l'Union et pour limiter les ingérences du pouvoir public. Elle laisse l'individu rechercher seul la sécurité matérielle ou plutôt, elle abandonne au législateur le soin d'aider les citoyens, au gré de leurs nécessités et des ressources de l'Etat. Le *New Deal* rendit effectifs plusieurs droits sociaux⁵¹: le droit au travail, par la création de nombreux emplois; la sécurité sociale au sens le plus large⁵², par une abondante législation. Quant au droit à l'enseignement, il repose également sur la loi, mais une stricte interprétation du principe constitutionnel de l'égalité interdit les discriminations, impose même la déségrégation raciale et le respect de l'égalité des chances⁵³. Il ne semble pas être question d'introduire dans la Constitution de l'Union des «droits sociaux fondamentaux».

⁴⁹ LAVALLEYE, p. 20, 34ss.; BURDEAU, n° 183.

⁵⁰ Le parti socialiste a vainement tenté d'y faire inscrire le droit au travail. Voir JANSSON, p. 313ss.; GADOLIN, p. 51s.; sur les Constitutions belge et hollandaise, cf. LAVALLEYE, p. 34ss.; SENELLE, p. 64s.; VAN DER VEN, p. 25s.

⁵¹ Cf. M. SOVERN, The Right to Equal Employment Opportunity, in: N. DORSEN, The Rights of Americans, p. 23ss.

⁵² Le Social Security Act date du 14 août 1935. Il a été révisé plusieurs fois. Voir E. SPARER, The Right to Welfare, in: N. DORSEN, The Rights of Americans, p. 65ss.

⁵³ Cf. R. CARTER, The Right to Equal Educational Opportunity, in: N. DORSEN, p. 3ss. – Les autres Etats américains garantissent plus volontiers les droits so-

c) Par contraste, il importe d'examiner les Constitutions des régimes socialistes de l'Europe orientale. La Révolution russe d'octobre 1917 permit de réaliser une partie au moins du programme marxiste : la nationalisation des biens de production et la planification de l'économie. Ses auteurs comptaient réunir ainsi les conditions matérielles nécessaires pour assurer à chacun un travail rémunéré. Dès lors, ils ne jugèrent pas utile de prévoir cette garantie dans une constitution. En revanche, ils imposèrent d'emblée l'obligation de travailler, en ordonnant la «mobilisation industrielle». Le droit et le devoir de travailler disparurent lorsque LÉNINE décréta la Nouvelle Economie Politique, en 1921⁵⁴. Ils furent réintroduits quand STALINE fit adopter la Constitution du 5 décembre 1936, qui est encore en vigueur. Elle reconnaît peu de liberté dans le domaine économique et social. Certes, l'engagement d'un salarié

ciaux par des dispositions constitutionnelles. Voir, par exemple, le Titre VI de la Constitution mexicaine du 31 janvier 1917, intitulé : «le travail et la sécurité sociale», et CAMARGO, Revue des droits de l'homme, 1968, p.332ss.; l'article 10, alinéa 10, de la Constitution chilienne du 18 septembre 1925, qui donne à la propriété une fonction sociale, restreint son usage et autorise la nationalisation des richesses du sol et même des entreprises; les articles 28ss. de la Constitution de l'Equateur, du 25 mai 1967, qui garantissent à l'individu un minimum de sécurité économique et l'instruction libre et gratuite, protègent la famille, assurent à chacun le droit au travail, à une existence digne, à une rémunération équitable, à l'assistance de l'Etat en cas de chômage, d'invalidité, de maladie, de vieillesse ou de mort, Cf. BORJA, p.387ss. – S'agissant des autres continents, il est difficile de donner une image fidèle des droits sociaux qui y sont reconnus. VASAK, p.466, fait remarquer qu'en Afrique, on ne saurait guère distinguer entre les libertés individuelles et les droits sociaux en raison de «trois facteurs, sinon de trois institutions, qui... ont tendance à jouer un rôle de premier plan...» Ce sont : le parti unique, l'armée et le plan...» Cf. également M. BAYE, p.384; toutefois, certaines Constitutions africaines opèrent expressément la distinction; ainsi, la Constitution marocaine garantit, outre certaines libertés en matière économique et sociale (par exemple, la liberté de choisir son travail), quelques droits à des prestations positives de l'Etat, telles que l'éducation et le travail; voir BOURELY, p.95ss. – Sur les Constitutions des Etats asiatiques, voir, pour la République du Vietnam, Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, 1970, p.577ss.; pour l'Inde. P.GUHA, Human Right and Social Welfare, in: M.SINGHVI, Horizons of Freedom, p.203ss., et H.RECK, p.390; pour le Japon, ABE, p.542, HIGUCHI, p.609ss.

⁵⁴ LAVROFF, p.215ss.

fait l'objet d'un contrat, mais, dans les pourparlers précontractuels, l'autonomie de l'employé à cet égard paraît limitée. D'une part, la Constitution dispose que chacun a l'obligation de travailler: «Le travail, en URSS, est pour chaque citoyen apte au travail un devoir et une question d'honneur selon le principe: qui ne travaille pas ne mange pas.» (article 12, alinéa 1) D'autre part, la rupture du contrat de travail par l'employé est soumise à de sévères restrictions légales, sans parler des pressions qui s'exercent en fait pour empêcher les travailleurs de changer d'emploi. Quant à la discipline du travail, elle paraît stricte; par exemple, l'absence ou l'abandon injustifiés du travail sont réprimés de peines sévères⁵⁵. La liberté syndicale est expressément reconnue (article 126); mais il n'est pas certain que l'affiliation soit libre et que l'ouvrier soit, ici encore, à l'abri des mesures d'intimidation. La liberté de faire la grève n'est pas prévue par la Constitution, ni admise en fait. Pour la doctrine soviétique, ces limitations de la liberté du travail sont justifiées par les exigences du plan économique; au surplus, un régime de liberté véritable, et non plus factice, aurait été institué, depuis 1936 précisément⁵⁶. Si la Constitution soviétique laisse peu de place au statut négatif, elle en fait une grande, en revanche, au statut positif. L'article 118 dispose: «Les citoyens de l'URSS ont le droit au travail, c'est-à-dire le droit de recevoir un emploi garanti, avec rémunération de leur travail, selon sa quantité et sa qualité.» Un salaire équitable, aussi bien qu'un emploi, sont donc garantis⁵⁷. Le droit au repos, à la limitation du travail journalier, à un congé annuel payé, à l'usage de clubs et de maisons de repos est conféré aux ouvriers et employés, mais apparemment à eux seuls (article 119). De même c'est uniquement à ceux-ci qu'est accordé le droit à la sécurité sociale (article 120); les membres des associations de paysans ou d'artisans n'en jouissent pas et doivent épargner pour assurer leur retraite. La sécurité sociale comprend l'assurance-vieillesse, des prestations financières en cas de maladie ou d'incapacité de travail et l'assistance médicale gratuite. Le système est financé – au moins

⁵⁵ Ibidem, p. 239ss.

⁵⁶ Ibidem, p. 237.

⁵⁷ ROTH, p. 255ss.

partiellement par les retenues du salaire des bénéficiaires⁵⁸. Enfin, l'article 121 prévoit le droit à l'éducation, qui est gratuite à tous les niveaux, primaire, secondaire et même supérieur⁵⁹. La Constitution de 1936 n'institue aucune procédure pour protéger ces divers droits sociaux, car il est entendu que leur application découle nécessairement du régime économique et politique de l'Etat. L'article 118 ne précise-t-il pas que «le droit au travail est assuré par l'organisation socialiste de l'économie nationale, par la croissance continue des forces productives de la société soviétique, par l'élimination de la possibilité de crises et par la liquidation du chômage»⁶⁰?

⁵⁸ Ibidem, p. 300ss.; LAVROFF, p. 244.

⁵⁹ Ibidem, p. 306ss.

⁶⁰ En droit comme en fait, les autres pays socialistes de l'Europe orientale offrent une image semblable. La Constitution tchécoslovaque du 11 juillet 1960 est pour une large part la copie de la Constitution soviétique, s'agissant des «droits et devoirs des citoyens»; tout au plus protège-t-elle, en outre, la santé, le mariage, la famille, la maternité; voir MOURAL, p. 55ss.; DRESSLER, p. 72ss.; PESKA, p. 308ss. Pour la Roumanie, cf. VINTU, p. 141ss.; pour la Pologne, cf. PAULI, p. 35ss. Quant à la Constitution yougoslave du 17 avril 1963, elle met l'accent sur le droit à la participation et à l'autogestion sociales; voir DJORDJEVIC, p. 115ss.

Seconde partie: La théorie

L'analyse des sources historiques et formelles des droits sociaux montre qu'ils se distinguent à maints égards des libertés classiques. Aussi importe-t-il de chercher d'abord les critères qui permettent de séparer les uns et les autres. La définition des droits sociaux en découlera ; de plus, des divisions entre eux en résulteront (chapitre premier). Encore conviendra-t-il d'étudier la nature juridique de ces droits, les problèmes particuliers qu'ils posent au constituant et aux organes d'application : la forme et la structure que peuvent, ou doivent, présenter les normes qui garantissent les droits sociaux, la portée des prétentions qu'elles créent, le cercle des bénéficiaires qu'elles déterminent, les collectivités publiques à qui elles imposent des obligations (chapitre second).

Chapitre premier: La définition et les divisions des droits sociaux

Pour définir la notion de droit social, il faut trouver ses caractères propres, qui la différencient du concept de liberté publique (§ 1). Une fois définis, les droits sociaux seront répartis en plusieurs catégories (§ 2).

§ 1. La définition des droits sociaux

Bien qu'elle régisse dans une plus ou moins grande mesure les domaines économique, social et culturel, la Constitution fédérale n'oppose pas expressément liberté individuelle et droit social. Les deux expressions doivent leur origine à la doctrine, qui a jusqu'à

maintenant accordé plus d'attention à la première qu'à la seconde. La définition recherchée doit être utile au droit suisse. Mais elle ne saurait se dégager de lui seul, d'autant moins que le terme même de «droit social» lui est étranger et qu'il ne recouvre qu'en partie l'objet qui lui est généralement attribué. C'est dire que la tâche n'est pas aisée. Elle est cependant facilitée par l'étude des traités internationaux et des constitutions étrangères.

La définition des droits sociaux peut faire appel à quatre critères principaux. Selon certains auteurs, le droit social a toujours une portée positive, car il permet à l'individu de réclamer une prestation à l'Etat et le conduit à étendre ses compétences (chiffre 1). Pour d'autres, il se caractérise par le cercle de ses titulaires, qui forment des catégories sociales, comme les salariés, les invalides ou les enfants (chiffre 2). D'autres encore pensent qu'il se distingue par ses buts propres: la sécurité des citoyens et l'égalité entre eux (chiffre 3). Enfin, d'aucuns considèrent son objet comme essentiel et tiennent pour «social» tout droit dont le contenu ressortit au domaine social (chiffre 4). Il y a lieu d'examiner ces divers critères et les conséquences de leur application, puis de choisir celui qui paraît décisif (chiffre 5).

1. Depuis longtemps, une grande partie de la doctrine étrangère définit le droit social par sa *portée positive*. Alors que CARL SCHMITT évoquait «les droits essentiellement socialistes de l'individu à des prestations positives de l'Etat»¹, BRUNET parle des «droits à une assistance effective de l'Etat»², et BURDEAU précise: «Il s'agit des droits qui appartiennent à l'individu à l'encontre de la collectivité et qui ont pour objet de l'autoriser à exiger d'elle des prestations grâce auxquelles il pourra *effectivement* atteindre au plein développement de sa personnalité.»³ En outre, les auteurs distinguent volontiers entre les libertés individuelles, qu'ils qualifient de «formelles», et les droits sociaux, qu'ils nomment «matériels», «c'est-à-dire des droits à prestation de la part des pouvoirs publics»⁴. Ou

¹ P.169.

² P.64s.

³ T.VI, p.463, n° 167.

⁴ HÉRAUD, p.293.

encore ils opposent les droits civils et politiques, «véritables attributs de la personne humaine que la société se doit de respecter, en s'abstenant de toute intervention», aux droits économiques et sociaux, qui «constituent autant de créances qu'à l'homme envers la société et autant d'obligations de la société envers l'homme»⁵. Ainsi, ils estiment que le droit social ressortit nécessairement au statut positif et permet toujours à son titulaire de réclamer à l'Etat un *dare facere agere*. Certains soulignent également qu'il oblige les collectivités publiques à agir, en créant des services publics, en fournissant des prestations⁶. Dès lors, ils attribuent deux éléments essentiels à la notion de droit social : d'abord, celui-ci donne lieu à une créance positive ; ensuite, il constraint l'Etat à étendre ses activités.

La doctrine suisse paraît généralement accepter cette définition⁷ et penser que seuls y répondent les droits prévus aux articles 4 (droit des indigents à l'assistance judiciaire gratuite), 18, alinéa 3 (droit du soldat à un équipement gratuit), 27, alinéa 2 (droit à un enseignement primaire public, suffisant et gratuit) et 53, alinéa 2 (droit à une sépulture décente). Cependant, cette manière de voir prête à la critique, pour ne pas dire qu'elle conduit à la confusion, et cela pour trois raisons principales.

a) En premier lieu, la définition étudiée fait appel à deux critères : la portée positive du droit et l'accroissement des compétences de l'Etat. Or ils ne sont pas corollaires : si une norme constitutionnelle oblige l'Etat à fournir une prestation, en espèce ou en nature, cela n'entraîne pas nécessairement qu'elle étend les attributions étatiques, qui peuvent résulter d'une norme antérieure. Le Conseiller national AUBERT a opportunément distingué «un droit à une prestation positive de l'Etat, dans les domaines où celui-ci est capable d'y répondre» et «un droit à une prestation positive de l'Etat que celui-ci n'est pas, dans les circonstances actuelles, en mesure de

⁵ VASAK, p. 466.

⁶ TOMANDL, p. 6 ; WILDHABER, p. 382.

⁷ FAVRE, p. 338s. ; KNAPP, p. 348 ; WILDHABER, p. 382 ; voir HUBER, p. 149. M. AUBERT, vol. II, p. 630, n° 1750, distingue entre les droits individuels «positifs» et «négatifs», mais n'identifie pas les premiers aux droits sociaux, terme qu'il n'utilise d'ailleurs pas.

satisfaire, parce que l'appareil lui fait encore défaut. C'est une manière détournée d'inviter l'Etat à étendre son pouvoir.»⁸ Ainsi, même pour ses partisans, le droit à la formation proposé au vote du peuple et des cantons le 4 mars 1973 était simplement, «du point de vue positif, un droit à ce que l'Etat mette au service des particuliers son appareil de formation, ses établissements»⁹. Il n'avait pas pour effet d'accroître les compétences de l'Etat. Pourtant, chacun admettait qu'il s'agissait d'un droit social¹⁰. Dès lors, le second critère employé, faute d'être essentiel, semble de peu d'utilité.

b) Quant au premier, il souffre d'un autre défaut. Définir le droit social comme un droit à une prestation positive signifie forcément qu'il est subjectif. Or cela préjuge le principal problème à résoudre : le droit social peut-il, ou doit-il être un droit public subjectif ? On ne saurait éluder la question en choisissant tel ou tel critère de définition¹¹. D'ailleurs, le critère du caractère subjectif introduit une certaine confusion dans les débats, puisqu'il suppose que la réponse est connue. Les délibérations des Chambres fédérales sur les diverses initiatives relatives au droit au travail, au logement ou à la formation en sont l'illustration. En ce qui concerne la première d'entre elles, en 1893, le Message du Conseil fédéral ne prenait pas position¹², et les députés ne cherchèrent pas à définir les droits sociaux. Se prononçant sur l'initiative de l'Alliance des Indépendants, en 1946, le Conseil fédéral opéra dans son Rapport la distinction suivante : «Contrairement aux autres droits constitutionnels (liberté du commerce et de l'industrie, liberté de la presse, liberté de croyance et de conscience, liberté d'association), qui protègent les individus contre l'ingérence de l'Etat en leur réservant des domaines hors de son atteinte et qui imposent à l'Etat une simple abstention, le droit au travail confère aux individus

⁸ B.St.CN 1972, p. 1057.

⁹ Ibidem.

¹⁰ Voir notamment le Message du Conseil fédéral, FF 1972 I, p. 418.

¹¹ Au reste, les auteurs qui semblent recourir au critère de la prestation positive abordent la question de la nature juridique des normes qui garantissent les droits sociaux. Voir HUBER, p. 158; KNAPP, p. 349 ss.; WILDHABER, p. 387 ss.

¹² Cf. ci-dessus, p. 70.

le moyen d'exiger un acte positif de la part de l'Etat.»¹³ Pourtant, s'agissant de cette initiative et de celle du parti socialiste, qui tendaient toutes deux à la reconnaissance du droit au travail, les Chambres se demandèrent avant tout si celui-ci peut être de nature subjective¹⁴. Il en alla de même pour l'initiative sur le droit au logement. Ses auteurs ayant omis de préciser, dans leur commentaire du 27 novembre 1969, s'ils demandaient la garantie d'un droit subjectif¹⁵, plusieurs orateurs cherchèrent à définir le droit social par sa nature propre, qui serait de n'être pas une prétention subjective. Ainsi, le rapporteur français de la majorité de la Commission déclara au Conseil national qu'«il s'agit d'un droit social, c'est-à-dire qu'il y a lieu d'inclure dans la Constitution des lignes directrices donnant à la Confédération la compétence de mener une politique dans le domaine du logement»¹⁶. De même, le Conseiller fédéral SPÜHLER affirma que le droit au logement, comme le droit au travail ou à la santé n'est pas un droit subjectif, mais un droit social, qui impose simplement à la société le devoir de créer les conditions permettant à chacun de se procurer un logement¹⁷. Cette conception fut de nouveau défendue pendant les débats sur l'initiative qui tendait à l'introduction d'un droit à la formation. Relevant que le droit social n'est pas défini par l'ordre juridique suisse, M. MÜNZ expliqua au Conseil des Etats qu'aucune prétention individuelle ne peut être fondée directement sur un tel droit, qui ne devient effectif qu'au moment où la législation d'application a été édictée¹⁸. Assurément, cette opinion n'était pas celle du Conseil fédéral qui proposait de garantir un droit subjectif à la formation et y voyait «un droit fondamental ayant, du moins en partie, le caractère d'un droit social»¹⁹. Elle fut d'ailleurs combattue par M. BARCHI, rapporteur de la Commission au Conseil national; selon lui, les droits sociaux exigent une intervention essentiellement

¹³ FF 1946 II, p. 766.

¹⁴ Cf. ci-dessous, p. 120ss.

¹⁵ FF 1969 II, p. 901.

¹⁶ B.St.CN 1969, p. 907.

¹⁷ B.St.CN 1969, p. 917.

¹⁸ B.St.CE 1972, p. 125ss.

¹⁹ FF 1972 I, p. 418.

positive de l'Etat; mais ils n'ont pas tous une nature subjective, car certains d'entre eux supposent la création d'institutions juridiques (par exemple, le droit à des négociations collectives) ou l'adoption de règles législatives qui créent les conditions propres à rendre un droit effectif²⁰. En définitive, les délibérations parlementaires sur les droits sociaux se sont déroulées dans une certaine obscurité. Tantôt on a admis que le droit social se définit comme le droit à une prestation positive de la collectivité publique. Tantôt on a soutenu que, par définition, il ne peut pas donner lieu à une prétention subjective. On ne s'est pas toujours aperçu que ces deux propositions se contredisent. La confusion est due au critère de définition choisi: aussi longtemps que la nature subjective ou non du droit social reste controversée, elle ne peut servir utilement à le définir.

c) Il faut rappeler enfin que le droit positif, lorsqu'il reconnaît les droits sociaux comme tels, ne recourt pas à un tel critère pour les séparer des autres droits. Dans l'ordre juridique international, le Pacte de l'ONU relatif aux droits économiques, sociaux et culturels garantit à la fois des libertés qui interdisent toute ingérence de l'Etat dans certains domaines, comme la liberté syndicale ou celle de faire la grève (article 8), et des droits qui permettent à l'individu de réclamer une prestation positive à la collectivité publique, comme le droit à la sécurité sociale ou à l'éducation (articles 9 et 13). Il en va de même de la Charte sociale européenne, qui reconnaît en même temps le droit au travail et la liberté des ressortissants des parties contractantes d'exercer une activité lucrative sur le territoire de chacune d'elles (articles 1 et 18). Dans l'ordre juridique interne, le Préambule de la Constitution française de 1946 range, sous le titre de «principes politiques, économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps», «d'une part, certaines libertés à contenu économique et, d'autre part, certaines prestations positives de l'Etat»²¹. Quant à la Constitution italienne, son Titre II (*Des rapports éthiques et sociaux*) et son Titre III (*Des rapports économiques*) prévoient des droits de portée toute diffé-

²⁰ B.St.CN 1972, p.1020ss.

²¹ COLLIARD, p.636. Cf. ci-dessus, p. 78.

rente, par exemple la liberté syndicale, le droit à des congés annuels payés et le droit de la femme et des enfants à une protection spéciale²².

En conclusion, on ne saurait définir le droit social ni comme le droit qui a pour effet d'accroître les compétences de l'Etat, ni comme celui qui donne lieu à une prestation positive de sa part. L'un et l'autre critères sont contraires à la réalité, étrangers au droit positif et peu propres à clarifier le débat.

2. Une partie de la doctrine a cherché à définir le droit social par le cercle particulier de ses *titulaires*. Elle est d'ailleurs divisée à cet égard. Les uns considèrent que le droit social a pour bénéficiaires des groupes de personnes, non des individus (a). Les autres écrivent que les ayants droit sont des individus, certes, mais qui n'appartiennent qu'à une seule catégorie sociale, celle des travailleurs salariés (b). Après avoir étudié ces deux conceptions, il conviendra de se demander si elles permettent de définir le droit social et de le distinguer des autres droits fondamentaux (c).

a) Certains auteurs définissent donc les droits sociaux comme «les droits des groupes sociaux qui composent l'Etat et participent à la formation de l'ordre juridique»²³. Ils font observer l'insuffisance des libertés classiques, qui appartiennent à chaque personne isolément, en vertu de sa seule dignité humaine, et relèvent que certaines classes de la population méritent une attention particulière. Parmi les catégories dignes d'une protection spéciale, ils citent les vieillards, les jeunes gens, les malades, les inadaptés, les mères salariées, les chômeurs. Ils concluent que les droits sociaux ont pour fonction d'intégrer ces groupes à la société, en tenant compte de leur situation et en répondant à leurs besoins propres. Ils donnent ainsi de ces droits une définition très large qui comprend les prétentions à une abstention de l'Etat (par exemple, la liberté syndi-

²² On pourrait multiplier les exemples et citer, en outre, les Constitutions du Maroc, de Chypre etc. Cf. ci-dessus, p. 74ss.

²³ CALAMANDREI et BARILE, p. 727. Voir également ÖSTREICH, p. 102s.; REGENT-LECHOWICZOVÁ, p. 90; BURDEAU, t.VI, p. 467.

cale) aussi bien qu'à des prestations positives de sa part (notamment le droit à des secours)²⁴.

b) D'autres auteurs tiennent le droit social pour une branche juridique, qui «se préoccupe de la condition des travailleurs salariés, du travail, des salaires et de la sécurité sociale»²⁵. Ainsi compris, il n'est pas seulement un droit fondamental, mais avant tout un ensemble de règles juridiques, dont les contours sont d'ailleurs peu déterminés. Cependant, des droits «sociaux» découlent de ces normes. Ils ont pour titulaires des individus, qui sont nécessairement des salariés. Dans cette conception, ce n'est plus le «groupe social» comme tel qui est l'ayant droit, mais bien une personne qui fait partie d'une catégorie sociale. Les bénéficiaires sont des individus, non des collectivités; mais ils se trouvent tous dans la même situation, en fait et en droit, celle de travailleur dépendant²⁶. Tel est le critère qui permet également de donner des droits sociaux une définition large, embrassant à la fois les droits à l'intervention et à l'abstention de l'Etat.

c) Les deux définitions étudiées sont voisines, car elles font appel à l'idée de groupe de personnes. Mais elles s'opposent dans la mesure où la première prend en considération le groupe en tant que tel, alors que la seconde se fonde sur l'existence d'une catégorie sociale particulièrement importante, qui renferme tous les salariés. Aussi ne prêtent-elles pas aux mêmes critiques. Assurément, l'une tient compte d'une réalité au moins apparente. En effet, les droits sociaux visent des individus placés dans une situation déterminée, soit purement physique (le grand âge, l'invalidité, la maternité), soit juridique (la qualité de salarié, d'enfant illégitime, de femme mariée). Il est vrai aussi qu'ils sont en fait souvent revendiqués par

²⁴ BURDEAU, t.VI, p.466s., écrit notamment: «Le droit de l'homme est par essence un droit individuel... Le droit social est un droit collectif en ce double sens qu'il concerne une catégorie sociale déterminée et qu'il a son fondement dans les exigences propres à cette catégorie.» BREPOHL, p.11, définit les droits sociaux au sens large comme les droits qui ont pour but d'ordonner la vie de l'individu dans un groupe social, d'une part, et la vie de ce groupe lui-même, d'autre part. Mais il ne considère pas que, juridiquement, les groupes soient les titulaires des droits sociaux (voir p. 16).

²⁵ LYON-CAEN, p. 2.

²⁶ BREPOHL, p. 9ss.

des catégories de personnes²⁷ et qu'ils répondent à leurs besoins propres. Toutefois, se distinguent-ils à cet égard essentiellement des autres droits de l'homme? Pour deux raisons, il paraît difficile de ne pas répondre à cette question par la négative. D'abord, juridiquement, il est incontestable que le titulaire du droit social n'est pas (sauf exception) une personne collective; il ne pourra d'ailleurs jamais l'être, parce que les catégories sociales envisagées ne forment pas des personnes morales, ne sont pas susceptibles d'une définition précise et changent à chaque instant dans leur composition. Ensuite, les libertés «classiques» ne s'adressent pas nécessairement à des individus isolés; elles visent aussi les groupes; à la différence de presque tous les droits sociaux, plusieurs libertés, comme celles de la presse, d'association, de réunion, d'enseignement, de culte, peuvent avoir des personnes morales pour ayants droit²⁸. En conséquence, le fait que les droits sociaux ont pour bénéficiaires des catégories d'individus ne peut servir de critère pour les différencier des autres droits de l'homme.

L'autre définition a pour principal défaut d'être trop étroite. Elle n'englobe en effet que les droits sociaux, à vrai dire nombreux, dont les titulaires sont des employés, et ne tient pas compte de tous ceux qui visent indifféremment les travailleurs salariés et indépendants, les chômeurs, les enfants et les invalides qui n'ont jamais travaillé. Aussi donne-t-elle lieu à un préjugé tenace, et infondé, contre les droits sociaux, qui seraient «les priviléges de la classe ouvrière». Or l'argument peut se diriger contre certains d'entre eux seulement; ainsi, THIERS disait que le droit au travail est le «droit d'une classe»²⁹ et le Conseiller national THÉRAULAZ lui faisait grief de ne pas s'appliquer aux paysans³⁰; de même, on a objecté que la Charte sociale européenne fait la part trop belle aux prétentions des ouvriers et néglige celle des agriculteurs³¹. Mais cette critique ne vaut pas pour l'ensemble des droits sociaux.

²⁷ BURDEAU, t.VI, p.466.

²⁸ COLLIARD, p.634.

²⁹ Voir SCHALLER, p.62.

³⁰ B.St.CN 1893–1894, p.618ss.

³¹ TAQUET, p. 76. Cf. ci-dessus, p.53.

En définitive, le cercle de ses titulaires ne permet pas de définir le droit social, ni de le distinguer des autres droits de l'homme. Toutes les définitions qui font appel à un tel critère sont critiquables ; les unes contredisent la logique et le droit positif, alors que les autres, trop étroites, ne s'appliquent pas à nombre de droits sociaux.

3. Plusieurs auteurs cherchent à définir les droits sociaux par leur *fin propre*. Eux aussi sont divisés. Les premiers, qui suivent la doctrine de MARX, considèrent que les libertés classiques visent à sauvegarder la propriété privée et servent les intérêts des bourgeois possédants, tandis que les droits sociaux ont pour but de protéger les prolétaires et de donner à chacun la sécurité, des chances égales et une liberté réelle³². Les seconds, qui s'inspirent des idées de FRANKLIN ROOSEVELT, soutiennent que les droits sociaux tendent d'abord à libérer l'individu «de la peur et du besoin»³³, c'est-à-dire de certaines des contraintes économiques qui l'entraînent, ensuite à étendre l'application du principe de l'égalité au domaine social en assurant le niveling progressif des conditions matérielles³⁴.

Bien entendu, ces conceptions ne sont point inconciliables. Il est même permis d'en dégager deux idées complémentaires : d'une part, les droits sociaux répondent à l'idéal de la liberté, qui n'est pas menacée seulement par la puissance de l'Etat, mais aussi par la vie sociale et la dépendance professionnelle ; d'autre part, ils obéissent à la règle de l'égalité, non pas seulement devant l'autorité publique, mais aussi dans le domaine des rapports de travail privés. Toutefois, ces objectifs ne suffisent pas à caractériser les droits sociaux, dont ils ne déterminent pas le contenu avec précision. A eux seuls, ce ne sont donc pas des critères de définition.

4. Il y a lieu de se demander si en somme les droits sociaux ne se caractérisent pas par leur *objet*. On se souviendra qu'en la ma-

³² Cf. ci-dessus, p. 33.

³³ Cf. ci-dessus, p. 37.

³⁴ TOMANDL, p. 7; VAN DER VEN, p. 58; PAPADATOS, p. 227 ss.

tière, les conventions internationales, comme les textes constitutionnels, garantissent aussi bien des libertés vis-à-vis de l'Etat que des prétentions à obtenir de sa part certaines prestations³⁵. Le Pacte de 1966, la Charte sociale européenne, les Constitutions française et italienne notamment reconnaissent les unes et les autres, sans d'ailleurs les distinguer expressément. Mais il convient de les envisager ici séparément.

Dans la mesure où les droits sociaux permettent de réclamer à l'Etat une abstention, ils diffèrent des autres libertés individuelles par leur contenu. Celles-ci sauvegardent l'initiative de la personne dans ses activités politiques, intellectuelles ou religieuses. Ceux-là protègent l'autonomie du citoyen quant à ses activités économiques, car ils lui assurent la liberté de choisir sa profession et son emploi, de s'affilier à un syndicat, de faire la grève³⁶.

De leur côté, les droits à une prestation positive se caractérisent également par leur objet, qui est triple. En première ligne, ils garantissent à chacun la réunion des conditions essentielles d'un niveau de vie minimum : l'éducation et la formation professionnelle, le travail et sa rémunération, le logement, la nourriture, les vêtements, les soins médicaux. Puis, ils assurent une protection spéciale soit aux personnes placées dans une situation déterminée (les vieillards, les invalides, les enfants, les mères salariées) soit à tous contre de graves dangers (par exemple, l'Etat lutte contre la propagation des maladies contagieuses). En dernier lieu, ils permettent d'obtenir la réparation des préjudices causés par certains événements ; autrement dit, ils constituent des assurances, qui couvrent les risques énumérés par le texte constitutionnel (accidents, maladies, chômage). A ce titre, ils ne sauraient se confondre avec les services publics en général, qui sont mis à la disposition de chacun, «afin d'assurer le meilleur fonctionnement possible de la communauté et de rendre aussi faciles que possible le travail et la détente des habitants»³⁷. Les droits sociaux ont un contenu plus précis : ils visent à protéger les personnes, à prévenir et à couvrir les risques qu'elles courrent.

³⁵ Cf. ci-dessus, p. 90.

³⁶ COLLIARD, p. 635; HÉRAUD, p. 294s.; DUVERGER, p. 615ss.

³⁷ WOLD, p. 48.

5. En *conclusion*, les droits sociaux se distinguent des autres droits et, dès lors, se définissent par leur objet³⁸. Ils facilitent le développement de la vie matérielle, économique et sociale, au sens le plus large, quand les libertés classiques favorisent l'épanouissement moral, intellectuel et spirituel de l'individu.

§ 2. Les divisions

Il paraît utile d'opérer deux divisions entre les droits sociaux. La première permet d'opposer les libertés tendant à une abstention de l'Etat aux droits qui fondent une prétention positive contre lui. On se souvient de l'avoir déjà étudiée; elle n'est mentionnée ici que pour mémoire, car elle concerne la nature juridique des droits sociaux; il y aura d'ailleurs lieu d'y revenir à propos de leur portée³⁹. La seconde, en revanche, tient à leur objet. Si les droits sociaux se caractérisent par leur contenu, ils sont cependant fort divers. Ils touchent en effet trois domaines principaux: économique, social et culturel, que le Pacte de l'ONU de 1966 énumère, sans d'ailleurs attribuer expressément ses nombreuses dispositions à l'un ou à l'autre d'entre eux. Il sied pourtant de répartir les droits sociaux prévus par les conventions internationales et les constitutions internes entre les trois catégories indiquées.

Les droits économiques comprennent d'une part des libertés, qui limitent la puissance de l'Etat: la liberté du commerce et de l'industrie, inscrite à l'article 31 de la Constitution fédérale en 1874; la liberté syndicale (qui, en Suisse, découle de la liberté d'association garantie par l'article 56 de la Constitution) et celle de faire la grève (qui résulte de la liberté personnelle, principe non écrit de droit fédéral reconnu par la jurisprudence du Tribunal fédéral)⁴⁰. Ils englobent également des droits à une prestation positive, lesquels n'ont pas encore trouvé leur place dans le droit constitutionnel suisse et qui sont relatifs à l'activité professionnelle:

³⁸ HUBER, in: BETTERMANN/NEUMANN/NIPPERDEY, t. I, p. 195.

³⁹ Cf. ci-dessus, p. 95 et ci-dessous, p. 125 ss.

⁴⁰ Cf. ci-dessus, p. 67. La grève des fonctionnaires est toutefois interdite par l'article 23 de la loi fédérale sur le statut des fonctionnaires.

le droit à un emploi rémunéré, à des conditions de travail satisfaisantes, à un salaire équitable et suffisant, à des congés payés, à la participation dans la gestion de l'entreprise.

Les droits sociaux au sens strict forment l'ensemble de la sécurité sociale. Ces termes sont en faveur depuis l'adoption du *Social Security Act* américain en 1935. Ils sont si répandus qu'on chercherait vainement à les remplacer. Mais il faut relever que l'adjetif «social» ne change guère la signification des substantifs «droit»⁴¹ et même «sécurité», et qu'appliqué à l'un ou à l'autre il fait figure de pléonasme. Quoi qu'il en soit, pris dans leur acception étroite, les droits sociaux ont pour objet une prestation positive de l'Etat, qu'en Suisse les individus peuvent réclamer en se fondant, tantôt sur la norme constitutionnelle, tantôt sur une loi qui l'applique. Ainsi, l'assistance publique est garantie directement par la Constitution – fédérale et cantonale –. Au contraire, les assurances sociales sont prévues dans un texte constitutionnel, mais créées par le législateur⁴². La première permet à chacun d'obtenir, en cas de besoin, les éléments essentiels d'un minimum vital (la nourriture, les vêtements, les soins médicaux). Les secondes couvrent les conséquences de faits déterminés : la maladie, l'accident, l'invalidité, la vieillesse, la maternité, le chômage. Quant au droit au logement, le peuple et les cantons ont refusé de l'introduire dans la Constitution fédérale.

Les droits culturels, dans la mesure où il ne s'agit pas de libertés classiques, comme celles d'expression ou d'enseignement, comprennent des droits à une prestation positive : l'instruction scolaire, la formation professionnelle, la rééducation des invalides, une participation équitable à la vie culturelle. Ils figurent, sous des formes différentes, dans la Constitution fédérale (articles 27ss., 34^{ter} et 34^{quater})⁴³.

La classification des droits sociaux entendus dans un sens large, comme leur définition, dépend de leur contenu. Puisqu'elle ne résulte pas directement du droit positif, elle reste floue et prête à

⁴¹ COLLIARD, p. 634.

⁴² Cf. ci-dessus, p. 69.

⁴³ Cf. ci-dessus, p. 69; JENKS, p. 59.

la discussion⁴⁴. Mais peut-être serait-il utile de s'en inspirer davantage dans la rédaction des conventions internationales et des textes constitutionnels.

Chapitre deuxième: La nature juridique

De la norme qui prévoit les droits sociaux dépendent leur contenu, leur portée et le cercle de leurs titulaires. C'est donc sa structure qu'il importe d'étudier au premier chef. Elle peut se présenter sous des formes diverses, comme l'analyse des Constitutions de la Suisse et des pays voisins l'a montré. Les dispositions relatives aux droits sociaux se bornent parfois à énoncer des buts et apparaissent alors comme de simples programmes (§ 1). Ou bien, elles invitent un organe de l'Etat à édicter des règles, à créer des institutions ou à faire des dépenses, bref elles attribuent des compétences, sans toutefois conférer immédiatement des droits aux individus (§ 2). Ou bien, elles indiquent que l'Etat a un caractère social et donnent ainsi des directives à ses organes, qui sont chargés d'interpréter et d'appliquer la Constitution; de telles clauses, dites «de l'Etat social», figurent aux § 20 et 28 de la Loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne et leur portée est controversée (§ 3). Ou encore, elles garantissent l'existence et le maintien d'une institution juridique, voire de certaines de ses modalités, et posent ainsi des principes que le législateur ne saurait enfreindre et dont l'individu est fondé à réclamer le respect, le cas échéant, devant le juge constitutionnel; c'est dire qu'elles prévoient des garanties institutionnelles (§ 4). Ou enfin, elles font naître des droits publics subjectifs, dont les personnes peuvent se prévaloir directement en invoquant la règle constitutionnelle elle-même, et non la loi d'application; en d'autres termes, elles créent des droits fondamentaux (§ 5).

⁴⁴ Comparer TOMANDL, p. 7s.; ZELLWEGER, p. 321; VAN DER VEN, p. 44ss., qui distingue cinq catégories; WILDHABER, p. 374s., qui en discerne six.

§ 1. Les dispositions-programmes

Il convient de les définir (ch. 1) avant de déterminer leurs effets, qui sont à la fois négatifs et positifs (ch. 2), et d'éveiller, pour conclure, l'attention sur leurs inconvénients (ch. 3).

1. Une disposition-programme se caractérise comme une norme constitutionnelle qui assigne à l'Etat un objectif. Celui-ci peut d'ailleurs être fixé avec une précision plus ou moins grande et exiger de la collectivité publique des mesures d'importance variable¹. Mais, généralement, la règle est rédigée en termes vagues et, surtout, n'indique pas l'organe chargé d'atteindre le but visé, ni les moyens auxquels il doit recourir. Elle se reconnaît donc aisément à sa forme. Les textes relatifs aux droits sociaux ont souvent une telle structure. Il en est d'abord ainsi des instruments internationaux, principalement de la Déclaration universelle des Nations Unies, mais aussi du Pacte de 1966 et de la Charte sociale européenne². Il en va de même de certaines constitutions internes. Quand, par exemple, le Préambule de la Constitution française de 1946, auquel renvoie celle de 1958, énonce des principes «politiques, économiques et sociaux... particulièrement nécessaires à notre temps», il fixe avant tout des objectifs, comme le plein emploi, le développement de l'individu et de la famille³. La Constitution fédérale, de son côté, renferme quatre dispositions semblables. La première, qui date de 1848, donne à la Confédération pour but «de protéger la liberté et les droits des confédérés et d'accroître leur prospérité commune» (article 2). L'article 31^{bis}, alinéa 1, introduit en 1947, lors de la profonde réforme des articles sur l'activité économique, prévoit: «Dans les limites de ses attributions constitutionnelles, la Confédération prend des mesures propres à augmenter le bien-être général et à procurer la sécurité économique des citoyens.» La Confédération et les cantons sont en outre invités à adopter des «mesures tendant à prévenir des crises économiques et, au besoin, à combattre le chômage» (article 31^{quinquies}). En dernier lieu, l'ar-

¹ BURDEAU, t.VI, n° 176.

² Leur sens et leur portée ont déjà été définis; cf. ci-dessus, p. 57ss.

³ Cf. ci-dessus, p. 78. Comp. TOMANDL, p. 24s.

ticle 34^{quinquies} dispose: «La Confédération, dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés et dans les limites de la Constitution, tient compte des besoins de la famille.»

2. La disposition-programme se singularise d'abord par sa *portée* négative (a); mais elle n'est pas non plus sans effet positif (b).

a) Dire que les articles 2, 31, 31^{bis}, 31^{quinquies} et 34^{quinquies} ont une portée avant tout négative peut sembler paradoxal. Pourtant, c'est vrai à un double titre. D'une part, ils ne font pas naître des droits subjectifs que les individus pourraient exercer. D'autre part, ils ne confèrent à la Confédération aucune attribution qu'elle ne tire déjà d'une autre règle constitutionnelle; certes, on peut se demander si l'article 31^{quinquies} n'étend pas la compétence fédérale; la question est controversée, mais il faut apparemment y répondre par la négative et admettre tout au moins que cette disposition ne permet pas à la Confédération de déroger à la liberté du commerce et de l'industrie⁴. Les quatre articles étudiés ne modifient donc pas les relations juridiques entre la collectivité publique et les personnes, ni la répartition des compétences entre la Confédération et les cantons.

b) Cependant, les dispositions-programmes ont aussi des effets positifs, l'un politique, l'autre psychologique et le troisième juridique. En premier lieu, elles répondent aux aspirations sociales des citoyens et reflètent leur solidarité; elles leur montrent que l'Etat est constitué pour eux et notamment afin de se préoccuper de leur bien-être moral, matériel et intellectuel; certains objecteront sans doute qu'à ce titre elles vont de soi; toutefois, concevrait-on politiquement une loi fondamentale qui définisse les buts de l'Etat sans mentionner la prospérité de ses habitants? Puis, en assignant des objectifs aux autorités, elles leur indiquent la direction que doit prendre leur activité; psychologiquement, elles les stimulent. Enfin, elles ont une portée proprement juridique dans la mesure où elles servent à l'interprétation des autres dispositions de la Constitution. En Suisse du moins, toutes les normes constitutionnelles occupent le même rang, bien que leurs effets diffèrent. Dès

⁴ AUBERT, t. II, n° 1937, et les auteurs qu'il cite.

lors, la signification des unes influe sur celle des autres. Même les règles qui ne créent ni compétence pour l'Etat ni droit pour les personnes et sont dépourvues de sanction peuvent être utilisées par les autorités pour fixer le sens des normes qui font naître une compétence ou un droit. Le programme social que contient la Constitution implique que celle-ci ne doit pas toujours être interprétée conformément aux principes libéraux, mais peut l'être également d'une manière favorable à l'intervention de la collectivité publique ou à l'octroi des prestations positives que réclame l'individu⁵.

3. Les dispositions-programmes ne vont pas sans *inconvénients*, que la doctrine a maintes fois dénoncés. En tant qu'elles ont une portée juridique, elles sont souvent rédigées en termes trop généraux et, partant, vagues. D'une part, interprétées généreusement, elles autoriseraient n'importe quelle intervention de l'Etat. D'autre part, il arrive qu'elles contredisent directement une autre disposition constitutionnelle. Faut-il alors admettre qu'elles sont sans effet sur son interprétation, ou qu'elles en atténuent la portée? La plupart des auteurs ont choisi la première solution s'agissant du conflit apparent entre l'article 31 de la Constitution fédérale, qui garantit la liberté du commerce et de l'industrie, et l'article 31^{quinquies}, qui appelle la Confédération à prévenir les crises économiques et à combattre le chômage⁶; en tout cas, entendue extensivement, cette dernière disposition affaiblirait la portée de la liberté économique. Quoi qu'il en soit de cet exemple, les programmes risquent de nuire à la sécurité des relations juridiques chaque fois qu'ils sont difficilement conciliaires avec d'autres règles constitutionnelles⁷. De plus, on leur reproche volontiers d'énoncer de purs principes politiques, d'une valeur toute relative, qui n'ont donc pas leur place dans une loi fondamentale⁸. Enfin, leur effet

⁵ SCHAMBECK, p. 107.

⁶ Cf. note 4 ci-dessus.

⁷ HUBER, p. 159; SCHAMBECK, p. 107; M. BRUNNER (p. 26) prétend même que l'échec de la République de Weimar n'est pas surprenant, vu les contradictions dont souffrait sa Constitution.

⁸ VAN DER VEN, p. 84ss.

psychologique n'est peut-être pas sans risque; les dispositions-programmes contiennent des promesses, qui ne peuvent pas toujours être tenues, autorisent des espoirs, qui seront souvent déçus, assignent aux organes de l'Etat des buts dont beaucoup ne seront pas atteints⁹.

En définitive, que l'on se place du point de vue psychologique, politique ou juridique, les effets des dispositions-programmes peuvent apparaître incertains, voire dangereux. Toutefois, ils dépendent étroitement des termes utilisés, qui doivent donc être choisis avec discernement. La portée de l'article 2 de la Constitution fédérale n'est-elle pas claire, alors que celle de l'article 31^{quinquies} a semblé obscure et posé des problèmes d'interprétation qui n'ont pas été résolus aisément? S'il ne se justifie pas de condamner sans appel toutes les règles constitutionnelles de ce genre, leurs auteurs seraient bien inspirés d'en préciser nettement la nature et les effets, bref de peser leurs mots.

§ 2. Les clauses attributives de compétence

En Suisse, nombre de dispositions constitutionnelles répondent à la définition des clauses attributives de compétence (ch. 1). Il y a lieu de mesurer leurs effets (ch. 2), puis de constater leurs avantages et leurs lacunes (ch. 3).

1. La majorité des articles de la *Constitution fédérale* qui touchent les domaines économiques, sociaux et culturels se bornent à les placer dans la *compétence de la Confédération*, sans faire naître en outre des droits subjectifs au profit des individus. Ils confèrent ainsi à l'Etat central des attributions à la fois législatives, administratives et judiciaires dans les matières suivantes: la protection de l'homme, de son environnement et de la nature (articles 24^{quinquies}, *sexies* et *septies*); l'encouragement de la production cinématographique suisse (article 27^{ter}); les subventions pour les bourses

⁹ Voir BURDEAU, t.VI, no 176; JENKS, p. 58ss.; VAN DER VEN, p. 76.

d'études et les autres aides financières à l'instruction (article 27^{quater}); la lutte contre l'alcoolisme (article 32 bis, ter et ^{quater}); la limitation du nombre d'heures de travail, la protection des enfants, celle des ouvriers contre l'exercice des activités insalubres et dangereuses (article 34); la protection des employés et ouvriers, la force obligatoire des contrats collectifs, les services de placement, la formation professionnelle, l'assurance-chômage et l'aide aux chômeurs (article 34^{ter}); l'assurance militaire (article 18, alinéa 2); l'assurance vieillesse et celle des survivants (article 34^{quater}, modifié le 3 décembre 1972); les caisses de compensation familiales et l'assurance maternité (article 34^{quinquies}); l'encouragement de la construction de logements (article 34^{sexies}, adopté le 5 mars 1972); la force obligatoire générale des baux à loyer et les mesures de protection des locataires (article 34^{septies}, accepté par le peuple et les cantons à la même date); les «frais de maladie et de sépulture des ressortissants pauvres d'un canton tombés malades ou décédés dans un autre canton» (article 48); la lutte contre les maladies transmissibles (article 69); le commerce des denrées alimentaires et celui «d'autres articles de ménage et objets usuels en tant qu'ils peuvent mettre en danger la santé ou la vie» (article 69^{bis}). La Confédération est appelée à légiférer dans ces divers domaines; une fois qu'elle a accompli cette tâche, les individus peuvent se voir reconnaître des droits subjectifs; mais, pour les faire valoir, ils invoquent la loi elle-même, et non la règle constitutionnelle sur laquelle elle se fonde, car cette dernière ne fait qu'attribuer une compétence à l'Etat central et n'influe donc pas directement sur les relations entre la collectivité publique et les particuliers.

2. La clause qui confère expressément une compétence à l'Etat a des *effets* plus clairs qu'une disposition-programme; juridiquement, sa portée se détermine aussi plus aisément. Introduite dans la Constitution fédérale, elle permet à la Confédération de légiférer sur un objet déterminé, de créer les services administratifs chargés d'exécuter la loi, de soumettre son application au contrôle de la juridiction fédérale. Elle modifie donc immédiatement la répartition des compétences fédérales et cantonales. Indirectement, elle touche les rapports entre l'Etat et les personnes, celui-là étant

habilité à porter atteinte à la sphère privée de celles-ci, ou à leur donner des droits nouveaux.

Aux yeux de certains, elle souffre d'une lacune: à la différence des dispositions-programmes, elle n'assigne pas expressément des objectifs à l'Etat et par conséquent ne l'invite pas à les atteindre, ni même à s'y efforcer. Le reproche est sans doute fondé, mais il y a au moins deux moyens de remédier au défaut dénoncé¹. En premier lieu, il n'est pas impossible de concilier le contenu des deux formules, autrement dit de prévoir dans une même norme d'une part les attributions conférées à l'Etat, d'autre part les fins que celui-ci doit viser; il s'agit donc de rédiger la règle constitutionnelle de telle façon que les unes et les autres soient à la fois compatibles et clairement distinguées, car leurs effets doivent être complémentaires, mais resteront différents. Secondement, la clause attributive de compétence pourrait donner au Parlement un mandat, non pas facultatif, mais obligatoire, qui le contraindrait à édicter la législation nécessaire et lui impartirait, le cas échéant, un délai à cette fin. Assurément, cette disposition ne sera pas efficace si elle ne s'accompagne pas d'une sanction judiciaire. L'article 9 de la Constitution de Chypre prévoit: «Chaque personne a droit à une existence décente et à la sécurité sociale. Une loi assurera la protection des travailleurs, l'assistance des pauvres et instituera un système d'assurance sociale.» La doctrine cypriote considère qu'il impose au Parlement un véritable devoir, mais constate l'absence de remède juridictionnel en cas de lacune législative, les individus ne pouvant pas recourir contre l'inaction de leurs députés². En Suisse, l'article 113, alinéa 3, de la Constitution fédérale interdirait au Tribunal fédéral de déclarer que les Chambres n'ont pas rempli le mandat impératif que leur aurait confié une norme constitutionnelle. Il n'en irait autrement que si sa juridiction était étendue. Le constituant pourrait s'inspirer, par exemple, du modèle qu'offre la Cour constitutionnelle de la République fédérale d'Allemagne, qui est compétente pour se

¹ SCHAMBECK, p. 111; voir WILDHABER, p. 387.

² TORNARITIS, p. 543, n. 44 et 45, et les citations.

saisir d'un recours tendant à faire constater la carence du Parlement³.

3. En *conclusion*, les clauses attributives de compétence ne sont pas sans avantage. D'abord, elles paraissent à leur place dans la Constitution d'un Etat fédératif, qui doit en tout cas répartir les attributions entre l'Etat central et les cantons. Ensuite, dans la mesure où elles n'impliquent pas de programme ni de promesse, elles ne font naître aucun espoir qui risquerait d'être déçu. En troisième lieu, elles déploient des effets juridiques clairement définis, en autorisant expressément la Confédération à prendre certaines mesures, et à ce titre leur utilité n'est pas contestable; aux Etats-Unis, dont la Constitution n'attribue pas nettement à l'Union des compétences économiques et sociales déterminées, de nombreuses lois relatives, par exemple, au travail des enfants⁴ ou à la protection de certaines industries⁵ furent déclarées anticonstitutionnelles par la Cour Suprême, particulièrement au début du *New Deal*. Toutefois, les dispositions qui confèrent simplement des compétences n'engendrent aucun droit au profit des individus; elles laissent même ceux-ci sans défense contre les carences éventuelles du législateur, à moins qu'elles lui imposent une obligation précise et qu'une Cour constitutionnelle soit habilitée à en contrôler le respect. Ni l'une ni l'autre de ces cautèles n'est prévue par la Constitution fédérale, qui contient nombre de clauses attributives de compétence en matière économique, sociale et culturelle.

§ 3. Les clauses de l'«Etat social»

L'article 20, alinéa 1^{er}, de la Loi fondamentale prévoit que la République fédérale d'Allemagne est un Etat fédéral, démocratique et social. L'article 28, alinéa 1^{er}, ajoute que l'ordre constitutionnel doit obéir aux principes de l'Etat de droit républicain, démocratique et social, au sens de la Loi fondamentale. La signifi-

³ WILDHABER, p. 388, n. 43, et les citations.

⁴ Hammer c. Dagenhart, 247 U.S. 251; Bailey c. Drexel Furniture Co., 259 U.S. 20.

⁵ Carter c. Carter Coal Co., 298 U.S. 238.

cation de ces clauses est controversée et ne peut pas encore être définie avec netteté. Les uns considèrent qu'il s'agit d'un simple programme (ch. 1); d'autres y voient au contraire l'énoncé d'une règle juridique (ch. 2). Il importe d'étudier ces deux interprétations principales, avant de hasarder une conclusion et de se demander notamment si de telles dispositions pourraient être introduites utilement dans la Constitution fédérale (ch. 3).

1. Les auteurs allemands qui *refusent toute portée juridique* aux clauses de l'Etat social sont eux-mêmes divisés, au moins par des nuances. Selon l'un d'eux, elles sont dépourvues de substance et d'effet pratique¹. Pour un deuxième, elles proclament un principe constitutionnel, qu'elles s'abstiennent d'«actualiser»; en d'autres termes, le constituant a proclamé que l'Etat serait social, mais cette décision doit être «exécutée» par le législateur². De l'avis d'un troisième, les clauses en question renferment un programme, qu'il appartiendra au législateur de réaliser, elles fixent un but, mais sans définir les moyens de l'atteindre³. Ainsi interprétées, elles ne diffèrent pas des dispositions-programmes.

2. Une partie de la doctrine leur donne une *signification plus large*. Ici encore, on peut discerner trois opinions quelque peu divergentes. Les uns pensent que les clauses relatives à «l'Etat social» donnent des directives à l'interprète des dispositions constitutionnelles, notamment au sujet des libertés publiques, qui doivent être entendues dans un sens «social»⁴, ainsi qu'aux autorités

¹ W. GREWE, Das bundesstaatliche System des Grundgesetzes, DRZ 1949, p. 351, parle d'un «*substanzloser Blankethbegriff*».

² H.P. JENSEN, Über das Grundgesetz, Rektoratsrede, Hambourg 1949, p. 10ss.

³ F. KLEIN, Bonner Grundgesetz und Rechtsstaat, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, vol. 106, 1950, p. 390ss., qui cite à l'appui de sa thèse l'arrêt de la Cour constitutionnelle, publié au vol. 1 de son recueil, p. 104.

⁴ O. BACHOF, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, in: Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, p. 201ss., p. 253; U. SCHEUNER, Grundfragen des modernen Staates, Recht, Staat und Wissenschaft, vol. 3, p. 154; F. DARMSTAEDTER, Der Wohlfahrtsstaat und das soziale Grundrecht, in: Festschrift für C.A. Emge, Wiesbaden 1960, p. 17ss.

chargées d'appliquer n'importe quelle loi⁵. Les autres les considèrent comme des règles juridiques directement applicables, qui s'imposent à tous les organes de l'Etat et les obligent à construire un ordre social juste, à assurer la sécurité matérielle à chacun, à assister les indigents ; ils admettent qu'elles renferment les éléments fondamentaux qui font de la République fédérale un Etat providence⁶ favorable à l'égalité et à la justice sociales⁷, et que ce sont donc des normes qui régissent toutes les activités de l'Etat⁸ ; ils relèvent d'ailleurs que l'article 20 est au nombre des dispositions que l'article 79, alinéa 3, de la Loi fondamentale interdit au constituant de modifier ; quelle que soit sa valeur, une telle limite matérielle apportée à la révision de la Constitution indique l'importance particulière que ses rédacteurs ont voulu conférer à la clause de «l'Etat social»⁹. D'autres auteurs enfin affirment que celle-ci fait naître des droits publics subjectifs, que les personnes peuvent faire valoir contre l'Etat en invoquant directement la Loi fondamentale, et non une éventuelle législation d'exécution¹⁰.

3. La *doctrine dominante* rejette cette dernière interprétation et lui préfère la précédente. Elle considère que le constituant de 1947 a entendu donner la priorité aux libertés individuelles au détriment des droits sociaux et fait observer que les clauses de «l'Etat social», ne figurant pas au chapitre des «droits fondamentaux» (articles 1^{er} à 19), ne sauraient engendrer des prétentions positives contre l'Etat¹¹. A l'appui de sa thèse, elle cite un arrêt ancien de la Cour

⁵ E. FORSTHOFF, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, in : Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, p. 165ss., 200. Il ajoute que «l'Etat social» n'est pas une notion juridique et que les clauses ne sont pas des règles de droit. Voir TOMANDL, p. 27; SCHAMBECK, p. 107.

⁶ C.F. MENGER, Der Begriff des sozialen Rechtsstaates im Bonner Grundgesetz, Recht und Staat n° 173, Tübingen 1953, p. 19.

⁷ E. FECHNER, Freiheit und Zwang im sozialen Rechtsstaat, in : Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, p. 73ss., 75s. et les citations.

⁸ G. WANNAGAT, Das Sozialrecht im sozialen Rechtsstaat, in : Sozialrecht und Sozialpolitik, Festschrift für Kurt Jantz, Stuttgart 1968, p. 55ss.

⁹ FECHNER, p. 74.

¹⁰ A. HAMANN, Deutsches Wirtschaftsverfassungsrecht, 1958, p. 46ss., 77ss.

¹¹ DARMSTAEDTER, p. 15; MENGER, p. 22s.; WANNAGAT, p. 59s.; FECHNER, p. 76.

constitutionnelle¹², mais elle pourrait également se fonder sur une décision toute récente, qui mérite d'être analysée¹³. Des jeunes gens qui s'étaient vus refuser l'accès à la faculté de médecine des Universités de Hambourg et de Munich demandaient que fût constatée l'anticonstitutionnalité des dispositions légales sur lesquelles reposait leur exclusion, soit le § 17 de la loi sur l'Université de Hambourg du 25 avril 1969, et les articles 3 et 4 de la loi sur l'admission aux Universités bavaroises, du 8 juillet 1970. La Cour constitutionnelle était saisie par les tribunaux administratifs des deux pays concernés, conformément à l'article 100, alinéa 1^{er}, de la Loi fondamentale. Appelées à s'exprimer, les autorités touchées prenaient des positions opposées. Pour le Gouvernement fédéral, la Sénat de la ville de Hambourg, le Gouvernement bavarois et le Conseil de la science, les individus ne peuvent prétendre être admis aux facultés de médecine que dans les limites des places disponibles ; ils ne jouissent pas d'un droit constitutionnel à la multiplication de celles-ci, bien que l'Etat réglemente la profession médicale et subordonne son exercice à une formation dont il détient le monopole de fait ; s'il en allait autrement, une minorité pourrait exiger que l'Etat engage des dépenses préjudiciables aux intérêts de l'ensemble de la population, ce qui ne serait évidemment pas admissible. De leur côté, l'Université de Hambourg, la Conférence des recteurs et celle des assistants soutenaient que l'introduction d'un *numerus clausus* dans toutes les facultés de médecine pour une durée illimitée est incompatible avec la Loi fondamentale ; le principe de «l'Etat social» exige que les collectivités publiques mettent tout en œuvre pour que chaque citoyen puisse exercer la liberté de choisir son lieu d'études et sa profession, conformément à l'article 12, alinéa 1 ; il incombe donc aux gouvernements de créer les installations nécessaires. Dès lors, la Cour examina si un *numerus clausus* absolu pour les études de médecine dans toute l'Allemagne est conciliable avec la Loi fondamentale ; elle répondit d'une façon nuancée. Elle releva d'abord que les limitations introduites sont importantes par le nombre des personnes visées (au semestre

¹² Bundesverfassungsgericht, vol. I, p. 22 ss.

¹³ Arrêt du premier Sénat de la Cour constitutionnelle, du 18 juillet 1972.

d'hiver 1970–1971, sur 11 000 requérants, 3000 seulement furent admis dans une faculté de médecine) et par les conséquences dommageables qu'elles entraînent. Elle considéra ensuite qu'il était en cause le droit de choisir sa profession et son Université, lequel forme une unité et est reconnu par l'article 12, alinéa 1. Elle jugea que, en conséquence, l'adoption du *numerus clausus* ne devait pas conduire au dirigisme quant à l'accès à la profession concernée et était soumise à des conditions aussi strictes que les restrictions à cet accès lui-même. L'article 12 ne prévoit pas simplement des libertés individuelles, dans les limites desquelles l'Etat s'abstient d'intervenir, mais aussi des normes objectives qui traduisent un vaste système de valeurs; plus l'Etat moderne se préoccupe des exigences sociales du citoyen, plus celui-ci a le droit de bénéficier des prestations étatiques, en sus des libertés. Au reste, ajouta la Cour, la garantie du libre choix du lieu d'études n'aurait aucun sens si les personnes ne pouvaient prétendre être admises aux établissements scolaires. Il découle donc de l'article 12, considéré avec le principe de l'égalité et la clause de «l'Etat social», que chaque citoyen remplissant les conditions subjectives qui lui sont imposées jouit d'un droit d'accès aux études universitaires de son choix, d'autant plus que celles-ci font pratiquement l'objet d'un monopole de l'Etat. La Cour aborda alors le problème principal: le droit d'accès se limite-t-il aux établissements existants ou implique-t-il que l'Etat est tenu d'étendre leurs installations en cas de besoin? Elle fit observer qu'ici, la question se pose sous un aspect particulier, puisque le *numerus clausus* conduit à réservé dans son entier une prestation de l'Etat à une minorité de jeunes gens et à la refuser à tous les autres. L'inégalité créée est donc grave. En outre, la Cour n'admit pas d'emblée que le droit d'être reçu dans une faculté est restreint par le nombre des places disponibles. Mais elle ne voulut pas non plus examiner si la Loi fondamentale reconnaît un droit fondamental à la création de places nouvelles. Elle se contenta en définitive de constater que le droit à une prestation positive est de toute manière limité par les ressources de l'Etat et qu'il incombe en premier lieu au Parlement de les déterminer lorsqu'il adopte le budget et se prononce sur la construction des établissements scolaires, compte tenu des besoins de

toute la société. Elle jugea qu'en l'espèce, les autorités de Hambourg et de Bavière n'avaient pas failli à leurs obligations. Toutefois, elle subordonna l'admissibilité du *numerus clausus* à des conditions matérielles et formelles: d'abord, cette mesure peut être introduite dans la mesure seulement où elle est indispensable, une fois que toutes les places disponibles sont épuisées; ensuite, elle doit être prévue par une loi qui donne une chance à chaque requérant satisfaisant aux exigences minimum, précise les critères d'admission et institue une procédure susceptible d'un contrôle judiciaire. Aussi la Cour déclara-t-elle anticonstitutionnels le § 17 de la loi de Hambourg, parce qu'il ne fixe pas la nature et le rang des critères d'admission, et l'article 3, alinéa 2, de la loi bavaroise, parce qu'il favorise abusivement les jeunes gens domiciliés en Bavière ou détenteurs d'un diplôme délivré par une école bavaroise.

En conclusion, les clauses relatives à «l'Etat social», sont tenues par la doctrine dominante et la jurisprudence allemandes pour des règles juridiques, qui lient tous les organes de l'Etat, y compris le législatif, sans cependant donner naissance à des droits subjectifs que les individus pourraient directement faire valoir contre la collectivité publique. Dans des limites largement définies, elles obligent les autorités à créer et à maintenir un ordre social juste, à rendre effectif l'exercice des libertés publiques, et à ce titre elles donnent un aspect proprement social à tous les droits fondamentaux reconnus par la Constitution. Doit-on souhaiter qu'elles soient introduites dans le droit suisse? Il faut peser leurs avantages et leurs inconvénients pour répondre à cette question. D'une part, elles accusent le caractère social de l'Etat et lui assignent un but; pourtant, elles n'ont pas les défauts d'un programme et n'impliquent pas les mêmes promesses, qui pourraient être enfreintes; en outre, appliquées avec discernement par un tribunal constitutionnel, elles permettent d'imposer à la collectivité publique des devoirs mesurés, qui tiennent compte à la fois de ses ressources, de la portée du droit social en cause et des intérêts de l'ensemble de la communauté. D'autre part, elles suscitent des controverses et leur interprétation peut toujours être remise en question, soit par les auteurs, soit par les organes d'application; en Allemagne, des an-

nées se sont écoulées avant qu'une opinion dominante se dessine et la discussion n'est nullement épuisée ; en outre, dans une Constitution qui n'instituerait pas une juridiction constitutionnelle, la clause de «l'Etat social», lapidaire et imprécise, comporterait un risque, car elle ouvrirait aux organes politiques la possibilité d'adopter pour ainsi dire n'importe quelle mesure en se fondant sur une base constitutionnelle.

§ 4. Les garanties institutionnelles

La garantie institutionnelle est une notion que l'on peut entendre dans des sens différents et qui doit donc être définie (ch. 1). Il importe de se demander ensuite si elle a pour objet des droits sociaux dans la Constitution fédérale ou dans celle d'un autre pays (ch. 2), et d'examiner enfin si elle s'y prête aisément (ch. 3).

1. CARL SCHMITT¹ a défini les garanties institutionnelles (*institutionelle Garantien*) en les opposant aux droits fondamentaux (*Grundrechte*). Ceux-ci, antérieurs et supérieurs à l'Etat, sont reconnus par lui comme des donnés ; ils n'ont pas besoin, pour être protégés, qu'une loi soit édictée et d'ailleurs cette dernière ne peut les restreindre que dans une mesure bien déterminée, car ils garantissent dans certains domaines une sphère de liberté en principe illimitée. Celles-là, au contraire, ont pour objet une institution juridique, donc créée par l'Etat et nécessairement limitée par ses lois ; elles visent à sauvegarder l'existence et les éléments essentiels, ou traditionnels, d'une institution qui ne préexiste pas à l'Etat et ne peut lui être supérieure.

En revanche, pour distinguer le droit fondamental et la garantie institutionnelle, on ne saurait dire que l'un a le caractère d'un droit subjectif et que l'autre en est privé. En effet, il appartient au droit positif d'habiliter ou non les individus à faire valoir contre l'Etat

¹ Verfassungslehre, 5^e éd., Berlin 1928, p. 163ss. ; Grundrechte und Grundpflichten, in : Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924–1954, Berlin 1958, p. 213ss.

telle ou telle garantie institutionnelle. Le critère de distinction n'a donc pas égard à la nature du droit conféré aux personnes. Il est d'abord historique et logique, les droits fondamentaux, à la différence des garanties institutionnelles, étant antérieurs et supérieurs à l'Etat ; il est ensuite juridique, dans la mesure où ils sont reconnus immédiatement par la Constitution et ne peuvent être limités par l'Etat qu'exceptionnellement, alors qu'elles découlent directement de la législation, en dépendent étroitement et sont en conséquence moins bien protégées. Aussi la distinction est-elle à la fois qualitative, puisqu'elle repose avant tout sur l'origine des diverses normes, et quantitative, car elle se fonde également sur leur portée plus ou moins grande.

CARL SCHMITT estime qu'elle résulte du droit positif et que, dans la Constitution de Weimar par exemple, les garanties du juge naturel (article 105) et du mariage (article 114) doivent être qualifiées d'«institutionnelles». Mais il paraît aussi répartir les différents droits en trois catégories : certains ne sauraient être reconnus que comme des droits fondamentaux (la liberté religieuse serait de ce nombre) ; d'autres peuvent être soit des droits fondamentaux, soit des garanties institutionnelles (ainsi, la propriété privée²) ; d'autres enfin sont nécessairement des garanties institutionnelles (notamment, les communes sont forcément protégées en tant qu'institutions et ne jouissent jamais de véritables droits fondamentaux³).

Encore faut-il relever que les termes utilisés par SCHMITT sont parfois utilisés dans un sens tout différent. D'aucuns écrivent que quelques droits fondamentaux offrent un double aspect ; il s'agirait d'une part de libertés individuelles, qui protègent une sphère d'activité, d'autre part de garanties institutionnelles, autrement dit de principes constitutionnels qui garantissent des institutions juridiques. Par exemple, dans la Constitution fédérale, la garantie de la propriété privée porterait d'abord sur les droits patrimoniaux, ensuite sur la propriété elle-même, «considérée comme une institu-

² CARL SCHMITT considère que l'article 153 de la Constitution de Weimar ne répond pas clairement à la question si la propriété privée est l'un ou l'autre (voir *Verfassungslehre*, p. 171 s.).

³ *Verfassungslehre*, p. 173.

tion»⁴. Il ne convient pas d'examiner ici les mérites de cette thèse, mais simplement de faire observer qu'elle diverge profondément de celle de CARL SCHMITT, tout en recourant aux mêmes mots. Elle implique en effet qu'une même norme puisse prévoir à la fois une garantie institutionnelle et un droit fondamental, ce que le système proposé par SCHMITT exclut.

2. Telle qu'elle se distingue des droits fondamentaux, la garantie institutionnelle est une disposition de la Constitution qui protège les caractères essentiels d'une institution juridique, créée par l'Etat. Elle limite le pouvoir du législateur en lui interdisant de modifier les principales normes qui régissent le mariage ou la propriété, par exemple. Elle impose aux organes de l'Etat des devoirs moins étendus que le droit fondamental. Comme lui, cependant, elle peut, selon les cas, conférer un droit public subjectif aux individus; alors, la différence pratique entre l'une et l'autre n'est plus de nature, mais seulement de degré. Aussi convient-il de n'étudier ici que les garanties institutionnelles dont les personnes ne peuvent pas se prévaloir directement et d'aborder ensuite les problèmes que posent les droits sociaux en tant que droits publics subjectifs⁵.

Les garanties institutionnelles qui ne créent pas de tels droits sont rares, dans les domaines économique, social et culturel tout au moins. En *droit positif*, elles ne visent guère aujourd'hui que la famille et le mariage. Ainsi, l'article 6, alinéa 1, de la Loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne prévoit: «Le mariage et la famille sont placés sous la protection particulière de l'ordre étatique.» La doctrine allemande y voit une garantie institutionnelle⁶. De même, l'article 34^{quinquies} de la Constitution fédérale dispose: «La Confédération, dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés et dans les limites de la Constitution, tient compte des besoins de la famille.» Cette règle, on l'a vu, n'attribue aucune compétence nouvelle à la Confédération⁷ et ne confère pas de droit

⁴ AUBERT, p. 759; voir aussi ibidem, p. 623 et p. 758; BLOCH, p. 19ss.; SALADIN, p. 295s.; R.O. 93 I 137.

⁵ Cf. ci-dessous, p. 116ss.

⁶ SCHMIDT-BLEIBTREU/KLEIN, rem. 2 à l'article 6, p. 16s.

⁷ Cf. ci-dessus, p. 100.

public subjectif; avant tout, elle a la valeur d'un programme. Mais ne pourrait-on pas soutenir qu'elle renferme une garantie institutionnelle, dans la mesure où elle implique que le législateur sauvegarde dans ses éléments essentiels l'institution même de la famille, avant même de «tenir compte de ses besoins»? Quant à l'article 54, alinéa 1, sa teneur est ambiguë: «Le droit au mariage est placé sous la protection de la Confédération.» En dépit de sa formulation, il ne fait pas naître un droit public subjectif, car l'article 64 permet à la Confédération de légiférer en droit civil et c'est la loi fédérale qui fixe les conditions dans lesquelles il est permis de se marier. Dès lors, le Tribunal fédéral, saisi d'un recours de droit public fondé sur une convention internationale et l'article 54, refusa d'appliquer ce dernier directement; bien plutôt, il jugea que le droit au mariage est régi par les dispositions du Code civil et de la loi sur les rapports de droit civil des citoyens établis ou en séjour, interprétées à la lumière de la Constitution⁸. En outre, l'article 54, alinéa 1, ne donne à la Confédération aucune compétence qu'elle ne tirerait pas de l'article 64. Par contre, il est permis de penser qu'il contient une garantie institutionnelle, laquelle protège les caractères principaux, traditionnels de l'institution même du mariage⁹, et qu'il limite ainsi le pouvoir du législateur. En définitive, dans la Constitution fédérale comme dans la Loi fondamentale, peu nombreux sont les droits sociaux qui font l'objet d'une garantie institutionnelle¹⁰.

3. Dans la mesure où elles ne s'accompagnent pas d'un droit public subjectif, les garanties institutionnelles posent un *triple problème*. Peuvent-elles avoir pour objets des droits économiques, sociaux et culturels (a)? Ceux-ci ne subiront-ils pas une altération s'ils sont garantis de cette façon (b)? Leur sanction sera-t-elle efficace (c)?

a) La garantie institutionnelle vise à maintenir les éléments essentiels d'une institution juridique, autrement dit à sauvegarder

⁸ Arrêt *Slubicki c. Direction de police du canton de Berne*, du 2 mars 1942, RO 68 I 79 c. 2, J.T. 1942 I 433. BLOCH, p. 79, écrit à tort que l'article 54 renferme à la fois une garantie institutionnelle et une liberté individuelle.

⁹ Voir BURCKHARDT, p. 513. Sur les dispositions des Constitutions étrangères relatives au mariage et à la famille, voir BURDEAU, t.VI, n° 189.

¹⁰ WANNAGAT, p. 61 s.

les règles typiques, traditionnelles qui la régissent. Par suite, elle ne peut porter que sur des institutions déjà anciennes, bien définies et dont les caractères sont cristallisés par un long usage. Les droits sociaux satisfont-ils à ces exigences? On ne saurait répondre à cette question d'une manière absolue, sans tenir compte de l'histoire constitutionnelle du pays en cause et des particularités propres à chaque droit social¹¹. En Suisse, sans doute quelques institutions ont-elles une origine assez ancienne et sont-elles soumises à une réglementation assez détaillée pour que leurs principaux éléments puissent être garantis: outre le mariage et la famille, l'instruction scolaire (l'article 27 a été introduit dans la Constitution fédérale en 1874), la sécurité sociale (l'article 34^{quater}, sur l'assurance des survivants, en cas de vieillesse et d'invalidité, a été adopté le 6 décembre 1925, et l'article 34^{quinquies}, relatif aux caisses de compensation familiales et à l'assurance maternité, fut accepté le 25 novembre 1945). En revanche, des droits nouveaux, comme les droits au travail, au logement ou à la santé, ne se prêteraient évidemment pas au même degré à une garantie institutionnelle.

b) Sauvegardant des règles typiques, traditionnelles, la garantie institutionnelle vise à protéger des institutions non seulement anciennes et bien connues, mais encore permanentes et stables. Aux yeux de certains, les droits sociaux n'ont pas ces dernières qualités; ils sont au contraire dynamiques et mobiles, leur protection doit constamment progresser et s'adapter aux circonstances économiques et sociales¹²; figés par une garantie institutionnelle, ils seraient dénaturés. Alors que le précédent problème était relatif et que sa solution dépendait du droit social envisagé, cette deuxième question a un caractère plus absolu: y a-t-il une opposition fondamentale et irréductible entre la forme de la garantie institutionnelle et le contenu des droits sociaux? Ainsi posée, elle ne peut recevoir qu'une réponse négative. Si la garantie institutionnelle a pour but principal de protéger l'acquis, en revanche elle n'interdit pas de le développer; elle maintient ce qui est, sans préjuger l'avenir ni exclure le progrès. Elle n'altérerait donc pas les caractères essentiels des droits sociaux.

¹¹ Voir SCHAMBECK, p. 110s.

¹² TOMANDL, p. 42s.

c) Dans la mesure où les garanties institutionnelles ne s'accompagnent pas de droits publics subjectifs, elles ne peuvent pas être invoquées par des personnes ou par des collectivités publiques comme telles. Seul un organe de l'Etat pourrait s'en prévaloir contre un autre. Il est, dès lors, permis de se demander si elles sont susceptibles d'une sanction efficace. Examiner ce point, c'est étudier avant tout le système juridictionnel du pays envisagé. En Allemagne, le contrôle judiciaire serait certainement possible¹³. En Suisse, l'article 113, alinéa 3, de la Constitution fédérale interdit au Tribunal fédéral de vérifier la constitutionnalité des lois adoptées par le Parlement. Celui-ci est donc son propre juge. Néanmoins, si les droits sociaux faisaient l'objet de garanties institutionnelles, et non plus de simples normes attributives de compétence, les Chambres fédérales devraient reconnaître des limites à leur pouvoir de réglementation ; il est évident que celui-ci est plus restreint quant au mariage que, par exemple, en ce qui touche l'assurance des survivants, parce que l'article 54 et l'article 34^{quater} ont une portée différente. En conclusion, certains droits sociaux au moins pourraient être protégés par une garantie institutionnelle, qui préserverait leurs caractères essentiels ; leur nature propre n'en serait pas affectée ; faute de contrôle juridictionnel des lois fédérales, leur respect dépendrait des Chambres.

§ 5. Les droits fondamentaux

Le droit fondamental est un droit de nature constitutionnelle que l'Etat reconnaît comme lui étant supérieur¹ et s'imposant à tous ses organes, et qui permet aux personnes de faire valoir directement des prétentions contre lui. Pendant longtemps, il a eu pour but d'assurer que l'Etat ne s'ingère pas dans certaines sphères intellectuelles, morales ou spirituelles des individus ou dans l'exercice de la propriété privée. Son contenu peut-il s'étendre aux domaines économique, social et culturel ? Pour résoudre ce problème, il faut

¹³ BRUNNER, p. 11 ; TOMANDL, p. 42.

¹ Cela ne signifie pas, bien sûr, qu'il s'interdit de réviser les dispositions constitutionnelles relatives aux droits fondamentaux.

d'abord analyser la Constitution fédérale et les diverses initiatives qui ont tendu à y introduire des droits sociaux (*A*) ; ensuite, il importera d'examiner si ceux-ci sont, *de constitutione ferenda*, susceptibles d'être garantis par des droits fondamentaux (*B*).

A. Dans la Constitution fédérale

Il s'agit au premier chef de déterminer les «droits fondamentaux sociaux» reconnus par la Constitution fédérale, dans sa teneur actuelle (ch. 1), et de se demander en second lieu si les auteurs des initiatives sur les droits au travail, au logement ou à la formation entendaient en faire des droits publics subjectifs (ch. 2).

1. Dans les domaines économique, social et culturel, la *Constitution fédérale* prévoit à la fois des libertés individuelles, qui protègent les particuliers contre une ingérence de l'Etat (a) et des préentions à obtenir de sa part des prestations positives² (b).

a) Les droits sociaux qui ressortissent au statut négatif ne sont pas nombreux. En ce qui concerne l'enseignement, l'article 27, alinéa 3, garantit une liberté en ouvrant l'accès des écoles publiques aux «adhérents de toutes les confessions, sans qu'ils aient à souffrir d'aucune façon dans leur liberté de conscience ou de croyance». L'article 31, alinéa 1^{er}, proclame, sous réserve de nombreuses exceptions, la liberté du commerce et de l'industrie. L'article 22^{ter}, alinéa 1^{er}, garantit la propriété privée³. La liste est donc courte. Toutefois, on se souvient que la liberté syndicale découle de l'article 56 et que celle de faire la grève résulte de la liberté personnelle, qui est un principe de droit fédéral non écrit dégagé par la jurisprudence du Tribunal fédéral⁴. Ce qui frappe davantage, c'est que les libertés dont le contenu est social ne sont pas distinguées des autres par le droit positif: elles ne sont pas soumises à des restrictions différentes; le cercle de leurs titulaires n'est pas défini spécialement. Si elles ont un objet propre, en revanche, elles ne dépendent pas

² Cf. ci-dessus, p. 67 ss.

³ D'après la jurisprudence, ni la liberté du commerce et de l'industrie, ni la garantie de la propriété privée n'impliquent un droit de l'individu à obtenir des prestations positives de l'Etat (voir RO 73 I 209; 77 I 279; 91 I 405; 92 I 509).

⁴ Cf. ci-dessus, p. 96.

d'une réglementation particulière. Aussi ne méritent-elles pas une plus longue étude.

b) Les droits sociaux à une prestation positive ne sont pas moins rares dans la Constitution fédérale et, sauf en matière scolaire, aucune constitution cantonale n'en prévoit. Il y a lieu de citer d'abord le droit des indigents, engagés avec quelque chance de succès dans un procès civil, à l'assistance judiciaire gratuite, dont le Tribunal fédéral assure l'octroi en vertu du principe d'égalité expressément posé à l'article 4. Celui-ci oblige donc les cantons à mettre leur appareil judiciaire à la disposition même de ceux qui n'ont pas les moyens de verser les frais de justice⁵; le recours de droit public permet aux justiciables de saisir le Tribunal fédéral en cas de manquement des autorités cantonales⁶. Par son objet, il s'agit bien d'un droit social, destiné à compenser une inégalité matérielle.

L'article 27, alinéa 2, confère à chacun le droit à une instruction primaire publique, suffisante, obligatoire et gratuite. Ici encore, la Constitution fédérale impose un devoir aux cantons en conférant aux personnes un droit subjectif à une prestation positive; mais son respect n'est pas contrôlé par les tribunaux: les recours sont administratifs et doivent être adressés à l'autorité exécutive supérieure, d'abord cantonale, puis fédérale⁷. Dans sa jurisprudence, le Conseil fédéral observe d'ailleurs une certaine réserve. Il ne désavoue pas un gouvernement cantonal dont la décision paraît soutenable, et ne se reconnaît pas un pouvoir d'examen qui aille en réalité au-delà du cas d'arbitraire⁸. Cependant, on peut mentionner un «Programme du Département fédéral de l'intérieur pour 1882–84», élaboré par SCHENK au sujet de l'article 27 et définissant «les éléments dont l'ensemble constitue une instruction primaire suffisante: 1^o des instituteurs capables et instruits; 2^o un minimum déterminé de temps pour la fréquentation de l'école; 3^o un mini-

⁵ AUBERT, nos 1813–1821.

⁶ Voir un arrêt récent au R.O. 95 I 409.

⁷ BURCKHARDT, p. 231; article 73, alinéa 1, *litt. a*, ch. 2, de la loi fédérale du 20 décembre 1968, sur la procédure administrative.

⁸ SALIS-BOREL, nos 2490s., vol.V, p. 667s.; BURCKHARDT-BOVET, no 1039, vol. III, p. 201.

mum d'heures d'école par année; 4^o une fréquentation régulière; 5^o un chiffre maximum d'élèves par classe; 6^o un matériel de livres, cartes etc., servant à l'enseignement, en quantité et qualité suffisantes; 7^o un choix judicieux des branches d'enseignement»⁹. Au reste, la Confédération ne saurait guère obliger les cantons à dispenser une instruction primaire suffisante et gratuite sans les y aider par des subventions¹⁰. C'est chose faite depuis 1902, quand fut accepté l'article 27^{bis} de la Constitution fédérale. En somme, celle-ci confère aux individus un droit positif à l'enseignement, mais au niveau primaire seulement¹¹.

Enfin, l'article 53, alinéa 2, prévoit que l'autorité civile «doit pourvoir à ce que toute personne décédée puisse être enterrée décemment». Le Conseil fédéral est également compétent pour connaître des recours fondés sur cette disposition¹². Il y voit d'une part une règle impérative, à l'observation de laquelle il doit veiller d'office¹³, d'autre part une norme qui crée un droit subjectif au profit des individus, voire des collectivités privées ou même publiques. Quant au contenu de la prestation à laquelle peuvent prétendre les ayants droit, la jurisprudence est souple; elle considère que la notion d'ensevelissement décent est relative, dépend des circonstances de temps et de lieu et doit se conformer aux habitudes et aux mœurs¹⁴.

En définitive, les droits sociaux à une prestation positive reconnus par la Constitution fédérale sont au nombre de trois¹⁵. De leur étude découle un triple enseignement. En premier lieu, ils se

⁹ SALIS-BOREL, n° 2460, vol.V, p. 594s.

¹⁰ BURCKHARDT, p. 231; voir FAVRE, Droit constitutionnel suisse, 2^e éd., Fribourg 1970, p. 298ss.

¹¹ Une initiative qui tendait à introduire dans la Constitution un «droit à la formation» fut rejetée en votation populaire le 4 mars 1973. Cf. ci-dessus, p. 74.

¹² Article 73, alinéa 1, *litt. a*, ch.4 de la loi fédérale du 20 décembre 1968, sur la procédure administrative. RO 82 I 219 c.2.

¹³ BURCKHARDT-BOVET, n° 517, vol.II, p.222; voir BURCKHARDT, p. 508.

¹⁴ BURCKHARDT-BOVET, n°s 512-517, p. 210ss.

¹⁵ En prévoyant que «chaque soldat reçoit gratuitement ses premiers effets d'armement, d'équipement et d'habillement», l'article 18, alinéa 3, règle un rapport juridique spécial et garantit un droit qui, par son contenu, n'est pas à proprement parler social.

fondent directement sur des dispositions constitutionnelles, qui n'ont pas été complétées par une loi fédérale d'exécution; sans doute n'y a-t-il pas lieu de s'en étonner s'agissant de l'article 4; toutefois, c'est plus surprenant en ce qui concerne les articles 27, alinéa 2, et 53, alinéa 2¹⁶. Dès lors, il n'appartenait qu'à l'autorité suprême de recours d'interpréter ces règles larges et abstraites, de dire si elles font naître un droit public subjectif et de définir le contenu de la prestation à laquelle elles donnent droit. Au reste, il importe de relever que seul le droit à l'assistance judiciaire gratuite, lequel découle de l'article 4, n'échappe pas à la connaissance du Tribunal fédéral; le contrôle de l'application des deux droits sociaux à une prestation positive, expressément garantis par la Constitution fédérale, est confié au Conseil fédéral.

2. A cinq reprises, des *projets* qui prévoyaient de tels droits ont été soumis au vote du peuple et des cantons, et rejetés par eux. Il n'est pourtant pas inutile de rechercher si les auteurs des diverses initiatives avaient l'intention de faire reconnaître des droits publics subjectifs ou des droits d'une autre nature.

a) A cet égard, les promoteurs de la première initiative sur le droit au travail n'exprimèrent pas clairement leur volonté. Ils avaient rédigé un texte ambigu, qui reconnaissait à chacun «le droit à un travail suffisamment rétribué», mais ajoutait que «la législation fédérale, celles des cantons et des communes doivent rendre ce droit effectif par tous les moyens possibles», et énumérait les mesures jugées propres à atteindre le but visé¹⁷. Aux Chambres fédérales, la nature du droit proposé ne fut guère discutée; les rares orateurs qui l'envisagèrent rejettèrent l'idée qu'il pût s'agir d'un droit individuel, directement fondé sur une norme constitutionnelle¹⁸.

b) Les vues de l'Alliance des Indépendants, qui lança une nouvelle initiative sur le droit au travail en 1946, n'étaient pas plus

¹⁶ BURCKHARDT, p. 509.

¹⁷ Cf. ci-dessus, p. 70.

¹⁸ Voir les interventions des Conseillers nationaux WYSS et HELLER, B.St.CN 1893–94, p. 648s., 613ss.; et du Conseiller aux Etats ODIER, B.St.CE 1893–94, p. 670.

nettes. Son projet énonçait également, en plus du principe, diverses modalités d'application. Aussi le Rapport du Conseil fédéral fit-il observer : «Lorsqu'on parle de droit au travail, en particulier quand il est question, comme en l'espèce, d'insérer ce terme dans la Constitution, on évoque aussitôt un droit qui permette à tout citoyen valide en quête d'emploi d'obtenir du travail en recourant, au besoin, à une procédure particulière. Cependant, dans le langage populaire, – d'ailleurs inexact – on emploie également l'expression de droit au travail lorsqu'il s'agit uniquement de demander à l'Etat qu'il assure des possibilités de travail en nombre suffisant pour que toute demande d'emploi puisse être satisfaite. Dans le premier cas, l'expression de droit au travail s'entend dans son sens juridique rigoureux et implique un véritable droit à du travail. Dans le second cas, il s'agit de la possibilité de trouver effectivement du travail. Il faut alors considérer essentiellement les mesures nécessaires à cet égard, notamment celles que l'Etat devra prendre pour assurer des possibilités de travail.»¹⁹ Le gouvernement marquait d'ailleurs sa préférence pour le sens «rigoureux», considérant qu'un texte constitutionnel doit avoir une portée juridique, et il s'avéra que les auteurs de l'initiative souhaitaient la création d'un droit public subjectif²⁰. Cependant, la Commission du Conseil national tenait ce droit au travail à la fois pour un droit «négatif», qui permet d'obliger l'Etat à s'abstenir d'en interdire l'exercice, et pour un droit «naturel», c'est-à-dire pour un droit qui ne donne pas lieu à une prétention individuelle²¹. Quant aux députés qui prirent la parole, ils partageaient généralement l'avis du Conseil fédéral, selon lequel on ne saurait garantir un droit subjectif au travail sans étatiser l'économie et sans déroger gravement aux libertés d'établissement, du commerce et de l'industrie²².

¹⁹ FF 1946 II, p. 762s.

²⁰ Voir l'intervention du Conseiller national SAPPEUR, B.St.CN 1946, p. 717.

²¹ Voir les exposés des rapporteurs de langue française et allemande, B.St.CN 1946, p. 709 ss., 713.

²² FF 1946 II, p. 766ss.; voir notamment les interventions des Conseillers HÖPPLI (B.St.CN 1946, p. 718s.), SCHMID (ibidem, p. 720s.) et FLÜCKIGER (B.St.CE 1946, p. 178ss.).

c) Inévitablement, l'initiative socialiste sur le droit au travail fit l'objet des mêmes controverses. Elle était pourtant plus claire, puisqu'elle tendait à remplacer l'article 31 par une disposition qui prévoyait notamment que «l'économie nationale est l'affaire du peuple entier» et que «le droit au travail et la juste rémunération du travail sont garantis». Les membres du Gouvernement y lurent un droit subjectif²³, mais certains parlementaires soutinrent qu'il s'agissait d'un droit «naturel», ressortissant au statut négatif²⁴. Les uns et les autres étaient d'ailleurs opposés à cette initiative, comme à la précédente.

d) En ce qui touche l'initiative tendant à l'introduction du droit au logement, le texte proposé était équivoque: «La Confédération reconnaît le droit au logement et à cet effet prend les mesures nécessaires pour que la famille et les personnes seules puissent obtenir un logement...»²⁵ Enonçant à la fois un but et les moyens de l'atteindre, il ne donne apparemment pas naissance à un droit subjectif dirigé immédiatement contre la Confédération²⁶. Cette interprétation fut confirmée par ses auteurs, dans le commentaire qu'ils publièrent le 27 novembre 1969. Quant au Conseil fédéral, il se contenta de faire ressortir que le projet ne définit pas la nature juridique, ni le contenu du droit au logement²⁷. Celui-ci fut qualifié

²³ FF 1946 III, p. 797 ss.

²⁴ Voir les prises de position du rapporteur de langue française, M. FAVRE (B.St.CN 1946, p. 963 ss.) et de M. WICK (ibidem, p. 982 s., 1011 ss.).

²⁵ Cf. ci-dessus, p. 72 s.

²⁶ Cependant, le rapporteur de la Commission du Conseil national a exprimé l'avis contraire (B.St.CN 1969, p. 905).

²⁷ Il relève dans son Message: «Le Comité d'initiative... n'a pas précisé si l'institution du droit au logement conférait à l'individu un droit subjectif lui permettant de faire valoir ses prétentions à l'égard de l'Etat, ou, plutôt, s'il fallait y voir l'obligation pour l'Etat de s'en tenir à un certain programme dans le domaine de la construction de logements. Aux termes de l'initiative, les mesures que devrait prendre l'Etat sont en tout cas extrêmement étendues. Même si le droit au logement n'est pas considéré comme pouvant donner lieu à une action en justice, ce droit ne saurait être tenu pour acquis... que si ses titulaires obtiennent un logement conforme à leurs besoins. Ils n'ont pas précisé s'il s'agit en l'occurrence de satisfaire des besoins subjectifs ou si les besoins, de même que la notion de capacité financière, peuvent être définis objectivement dans la législation d'application.» FF 1969 II, p. 901.

de «droit social» lors du débat aux Chambres fédérales, qui refusaient d'y voir un droit subjectif. Au Conseil national, le rapporteur français de la Commission déclara qu'«il s'agit d'un droit social, c'est-à-dire qu'il y a lieu d'inclure dans la Constitution des lignes directrices donnant à la Confédération la compétence de mener une politique dans le domaine du logement»²⁸. Le Conseiller fédéral SPÜHLER exprima le même avis et ajouta qu'un tel droit social est conforme aux principes de l'Etat démocratique et reflète le devoir de la société de procurer des logements à chacun²⁹. Quant au rapporteur de la Commission du Conseil des Etats, il insista sur la différence essentielle entre les libertés individuelles, qui peuvent être garanties directement par la Constitution, et les droits sociaux, que seule la loi peut rendre applicables³⁰.

e) Lorsque le Conseil fédéral proposa de réviser l'article 27 de la Constitution fédérale et d'y introduire «le droit d'acquérir une formation conforme à ses aptitudes», il précisa d'emblée que ce droit a «du moins en partie, le caractère d'un droit social»³¹, mais qu'il est un «droit constitutionnel des citoyens» au sens de l'article 113, alinéa 1, chiffre 3, susceptible d'être invoqué par la voie du recours de droit public³². Le Gouvernement mettait en évidence la nouveauté d'un droit fondamental de ce genre, reconnu «pour la première fois»³³. Son projet rencontra d'ailleurs quelques oppositions: Au Conseil des Etats, certains députés firent valoir que ce droit, mal défini, sans contenu réel, non «justiciable» n'améliorait pas la situation actuelle et ne faisait naître que des illusions³⁴. D'autres soutinrent au contraire que l'Etat est aujourd'hui à même de garantir un véritable droit subjectif à l'enseignement, dont le

²⁸ B.St.CN 1969, p. 907.

²⁹ Ibidem, p. 917.

³⁰ B.St.CE 1970, p. 115.

³¹ FF 1972 I, p. 418.

³² Ibidem, p. 417. Cf. ci-dessous, p. 144ss.

³³ Ibidem, p. 418.

³⁴ Voir les interventions de MM. GUISAN (B.St.CE 1972, p. 130) et MÜNZ (ibidem, p. 125ss.), lequel juge suffisante la garantie donnée aux enfants par l'article 275, alinéa 2, du Code Civil: «Les père et mère sont tenus d'élever l'enfant selon leurs facultés et, si l'enfant est infirme ou faible d'esprit, de lui donner une instruction appropriée à son état.»

Tribunal fédéral pourra contrôler l'application en tenant compte, comme il le fait toujours, du principe de la proportionnalité³⁵. On se souvient que le Conseil national discuta longtemps d'un amendement qui parlait simplement du «droit d'acquérir une formation» et qui fut finalement accepté par les deux Chambres³⁶. La nouvelle version ne modifiait pas la nature subjective du droit envisagé³⁷, qui fut cependant discutée par maints orateurs³⁸.

Bien que toutes ces initiatives aient été repoussées par le corps électoral, il n'est pas interdit d'en tirer des enseignements. Incontestablement, l'idée d'un «droit fondamental social» connaît une faveur croissante. En 1874, le constituant se contentait des articles 27, alinéa 2, et 53, alinéa 2; au fil des années, le Tribunal fédéral tirait de l'article 4 un droit à l'assistance judiciaire gratuite. En 1947, comme en 1893, on n'envisageait même pas que la Constitution pût garantir un droit subjectif au travail. En 1969, la réaction à l'initiative sur le droit au logement fut tout aussi négative, même si les débats demeurèrent confus parce que la nature de ce droit n'était pas clairement définie. Trois ans plus tard, le Conseil fédéral propose lui-même la reconnaissance d'un droit subjectif à la formation, dont le respect pourrait être contrôlé par le Tribunal fédéral. Certes, son revirement n'est pas aussi profond qu'il le paraît, ni son initiative aussi hardie: en fait, l'Etat remplit depuis longtemps le devoir d'enseigner, il a construit des écoles et formé des maîtres; aussi ne s'engagerait-il pas, en garantissant un droit à l'instruction, à assumer des tâches vraiment inédites; au contraire, s'il admettait un droit au logement, il s'imposerait des obligations nouvelles, qu'il est probablement moins à même d'exécuter. Néanmoins, l'analyse des travaux préparatoires montre que le Parlement et le Gouvernement ne sont plus aussi opposés que naguère à l'in-

³⁵ Voir notamment l'intervention de M. HÜRLIMANN (*ibidem*, p.128) et du Conseiller fédéral TSCHUDI, p.131s.

³⁶ Cf. ci-dessus, p.73s. B.St.CE 1972, p.583.

³⁷ Tel était l'avis des professeurs EICHENBERGER et SALADIN, consultés par le Conseil fédéral sur ce point.

³⁸ Voir les interventions de MM. AKERET (B.St.CN 1972, p.1035s.) et ENG (p.1052), favorables au droit subjectif, et de MM. BONNARD (p.1026) et KOLLER (p.1041s.), qui expriment des réserves.

roduction dans la Constitution fédérale de droits sociaux subjectifs qui donnent lieu à une prestation positive.

B. En droit désirable

L'adoption d'articles constitutionnels qui attribuent un caractère subjectif aux droits sociaux se heurte à trois obstacles principaux. D'abord, il importe de déterminer l'objet de ces droits; or plusieurs d'entre eux donnent lieu à une prestation positive, qu'il n'est pas toujours aisé de définir (ch. 1). Ensuite, un nouveau rapport de droit étant créé, il faut désigner les parties en cause; la difficulté est double: d'un côté, certains droits sociaux visent n'importe quel être humain, alors que d'autres appartiennent à des catégories de personnes placées dans une situation particulière, de sorte que le cercle de leurs sujets actifs n'est pas facile à délimiter; de l'autre côté, on peut se demander si le sujet passif est nécessairement l'Etat, ou s'il s'agit éventuellement d'un tiers (ch. 2). Enfin, les droits sociaux confèrent aussi des compétences nouvelles; quel organe les exercera: le législateur, parce que la norme constitutionnelle n'est pas assez précise et exige une loi d'exécution plus détaillée; l'administration, si le Parlement tarde à légiférer ou si l'on admet que les droits fondamentaux sont directement applicables par l'exécutif; les tribunaux, en cas de carence des deux autres pouvoirs ou pour contrôler que leurs actes sont conformes aux règles constitutionnelles (ch. 3)?

1. Il est embarrassant à deux égards de fixer le *contenu des droits sociaux*, car ceux-ci font appel à des notions qui sont d'une part vagues, comme le travail, le logement ou la sécurité sociale (a), d'autre part relatives et étroitement dépendantes des circonstances, notamment des besoins individuels et des ressources étatiques (b). Il sied d'étudier ces deux points, avant de se prononcer sur la possibilité de définir l'objet des droits sociaux avec une précision suffisante (c).

a) Les droits sociaux les plus importants sont les droits au travail, au logement, à la formation et à la sécurité sociale. En eux-mêmes, ces quatre termes sont clairs, et aussi explicites que ceux de «religion», de «presse» ou de «commerce et d'industrie» qu'utili-

lisent les normes sur les libertés classiques. Cependant, ce qui apparaît moins nettement, c'est la prestation positive que l'Etat est invité à fournir aux personnes qui y ont un droit subjectif.

Le droit au travail ou au logement peut donner lieu à quatre prestations différentes au moins: ou bien l'Etat fournit lui-même un emploi ou un logement à l'individu qui en est dépourvu; ou bien il lui prête les services d'un bureau officiel de placement qui engagera un tiers à conclure un contrat avec l'ayant droit; ou encore, il oblige un tiers, en cas de besoin, à embaucher le chômeur ou à louer un appartement au sans abri¹; ou, enfin, il institue des établissements d'assurances, qui versent des indemnités ou des rentes à ceux qui n'ont pas de travail ou de logement répondant à leurs ressources financières et à leurs besoins. On remarquera d'ailleurs que les trois dernières solutions ne s'excluent pas et qu'il est concevable de les combiner, par exemple en prévoyant que la conclusion du contrat ne sera imposée que si elle n'a pas pu avoir lieu à l'amiable, ou que l'entreprise d'assurance interviendra seulement si les tentatives du bureau de placement ont échoué². On se souviendra que les dispositions constitutionnelles relatives au droit au travail ou au logement fixent rarement la prestation à laquelle l'Etat est tenu; elles laissent généralement le soin de la préciser au législateur, ou à l'administration, ou peut-être au juge. Or cette tâche est de grande portée, pour l'obligé comme pour les ayants droit, les droits au travail et au logement se prêtant aux significations les plus diverses. Si ceux-ci sont reconnus purement et simplement dans la Constitution, on peut craindre que tel ou tel organe de l'Etat les vide de tout contenu, ou au contraire s'en serve pour justifier à peu près n'importe quelle intervention, par exemple dans l'économie ou aux dépens de la propriété privée.

¹ Il ne s'agirait pas d'une *Drittwirkung* proprement dite; cf. ci-dessous, p. 136ss.

² M. BRUNNER, p. 33s., envisage une cinquième signification du droit au travail: il s'agirait du droit à une politique de plein emploi; mais il montre qu'un tel droit subjectif serait une plaisanterie. *Contra WILDHABER*, p. 389. On a vu d'ailleurs combien était imprécise la formulation des diverses initiatives relatives aux droits au travail et au logement; cf. ci-dessus, p. 70ss.

Assurément, tous les droits sociaux ne sont pas susceptibles d'interprétations aussi divergentes³. Les droits à la sécurité sociale ou à la formation scolaire et professionnelle, en raison de leur origine plus lointaine, ont un contenu mieux déterminé. Ils ont pour objet des prestations déterminées dont les principales seront nécessairement fournies par l'Etat, dès lors qu'il les assure, en Suisse et dans les pays voisins, depuis des décennies. Ils n'exigent donc pas une définition aussi précise que les droits au travail et au logement. Toutefois, entre les uns et les autres, il n'existe qu'une différence de degré et non de nature⁴. Quoi qu'il en soit, on ne saurait guère introduire un droit social subjectif dans la Constitution sans indiquer au moins la nature de la prestation positive à laquelle peuvent prétendre les citoyens.

Mais il ne sera pas aisé de satisfaire cette exigence, car les droits sociaux se caractérisent avant tout par leur but: ils tendent à assurer à chacun le développement intellectuel ou la sécurité matérielle. Les diverses prestations que l'Etat peut être appelé à fournir ne sont que les moyens d'atteindre l'objectif visé. Or le choix des mesures appropriées dépendra des circonstances; suivant la fin recherchée, ou le risque à prévenir, telle ou telle prestation paraîtra nécessaire, ou au contraire inutile, voire nuisible; ainsi, pour rendre effectif le droit au travail en période de plein emploi, il suffira de mettre à la disposition des chômeurs éventuels une agence de placement, ou de leur verser une rente temporaire, alors que, pendant une longue crise de surproduction, ces mesures feront figure de palliatifs et l'Etat sera tenu, quitte à s'endetter, d'engager lui-même les chômeurs et de les charger de travaux utiles à la collectivité. Les normes relatives aux droits sociaux doivent donc

³ Au reste, certains droits voisins du droit au travail sont parfois réglementés avec précision par la Constitution; ainsi celle du Rheinland-Pfalz fixe à 12 le nombre de jours de vacances auxquelles a droit un ouvrier (article 57, alinéa 4). Voir BRUNNER, p. 17s.; WANNAGAT, p. 59; WILDHABER, p. 389.

⁴ Sans doute faut-il entendre ainsi la distinction opérée par M. AUBERT entre «un droit à une prestation positive de l'Etat, dans les domaines où celui-ci est capable d'y répondre» et «un droit à une prestation positive de l'Etat que celui-ci n'est pas, dans les circonstances actuelles, en mesure de satisfaire, parce que l'appareil lui fait encore défaut». B.St.CN 1972, p. 1057; cf. ci-dessus, p. 87s.

être rédigées avec une certaine souplesse, sous peine de manquer leur but.

b) En effet, les droits sociaux sont essentiellement relatifs, à un double point de vue. D'une part, on le voit, les besoins des ayants droit varient au gré des circonstances et, de même, les moyens de les satisfaire peuvent différer d'un moment à l'autre. D'autre part, à la différence des libertés individuelles, les droits sociaux à une prestation positive conduisent l'Etat à assumer des dépenses; or ses ressources sont évidemment sujettes à des fluctuations. Aussi le contenu des droits sociaux dépend-il de deux facteurs – les prestations nécessaires aux personnes et les finances de l'Etat – qui sont indépendants dans une large mesure, mais dont l'importance sera souvent presque égale: moins les besoins des citoyens seront impérieux, plus la collectivité publique pourra se montrer généreuse, car l'économie sera prospère; inversement, plus les individus seront insatisfaits, moins l'Etat aura les moyens de les aider, en raison de la basse conjoncture. Quoi qu'il en soit, l'objet des droits sociaux est toujours subordonné au développement économique du pays qui les garantit⁵.

c) Le contenu des droits sociaux est si vaste qu'il ne peut être déterminé qu'approximativement. De plus, puisqu'il est inévitablement relatif, on peut se demander s'il est utile que la loi fondamentale tende à le définir. Par suite, il pose des problèmes non seulement au constituant, mais également à l'interprète des règles constitutionnelles et notamment au tribunal qui pourrait être appelé à en assurer le respect. Si la nature et l'étendue des prestations auxquelles l'Etat est tenu ne peuvent être fixées par avance, comment le législateur ou l'organe d'exécution choisiront-ils entre les diverses possibilités qui leur sont ouvertes, et selon quels critères le juge appréciera-t-il leur activité? Pour répondre, au moins partiellement, à ces diverses questions, la norme relative à un droit social pourrait sans doute prévoir que l'autorité est habilitée, en cas de besoin, à substituer des versements en espèces aux presta-

⁵ Prudemment, les constituants de la Seconde République turque ont prévu que «l'Etat ne remplit le devoir qu'il a d'atteindre les buts économiques et sociaux... que dans la mesure où le développement économique et les ressources financières le permettent» (article 53). Voir KUBALI, p. 256.

tions en nature. En effet, une Cour serait en tout cas mieux placée pour ordonner le paiement d'une somme d'argent par l'Etat que l'admission d'un étudiant dans une Université, d'un ouvrier dans une fabrique ou d'une famille dans un bâtiment à loyers modérés. Mais cette solution, malgré ses avantages, présenterait un double inconvénient. En premier lieu, il serait malaisé d'évaluer la contrepartie pécuniaire de certaines prestations, surtout de celles qu'engendrent les droits culturels⁶; ainsi, à quel montant fixer l'indemnité à laquelle donnerait lieu, dans un cas donné, la violation du droit à la formation? Ensuite, quel que soit l'apaisement qu'il apporte à nombre de maux, l'argent n'est pas nécessairement le remède approprié; il serait impuissant à compenser le manque d'instruction d'un enfant ou le défaut de rééducation d'un invalide; en ce qui concerne le travail, on ne pourrait le remplacer durablement par une assurance chômage sans porter atteinte à la situation morale des particuliers privés d'emploi ni imposer à l'économie nationale un fardeau excessif⁷. En somme, chaque fois qu'un droit social doit en principe se traduire par une prestation en nature, il sera difficile d'en préciser l'objet soit dans la règle constitutionnelle⁸, soit dans les décisions qui l'appliqueront. Par contre, la tâche sera moins ardue quand il s'agira de définir le contenu des prétentions à une somme d'argent, particulièrement du droit à la sécurité sociale.

2. Les normes constitutionnelles relatives aux droits sociaux doivent désigner les *parties au rapport de droit* qu'elles créent. Ici aussi, le problème est double: d'une part, nombre de droits sociaux visent des individus placés dans une situation déterminée, et le cercle de leurs titulaires apparaît comme un de leurs éléments

⁶ BRUNNER, p. 15.

⁷ Pourtant, le projet d'article constitutionnel proposé par l'Alliance des Indépendants en 1946 prévoyait: «Aussi longtemps qu'un Suisse est privé du travail approprié auquel il a droit, il touche un salaire de compensation. Dans ce cas, il peut être soumis à l'obligation de suivre des cours de perfectionnement ou de réadaptation.»

⁸ On se souvient du long débat des Chambres fédérales, en 1972, sur le choix entre les termes «*Bildung*» et «*Ausbildung*» dans le projet d'article 27. Voir B.St.CN 1972, p. 1014ss.; B.St.CE 1972, p. 573ss.

essentiels (a); d'autre part, beaucoup d'entre eux engendrent une prestation positive de sorte qu'il y a lieu de déterminer qui en est tenu, l'Etat ou un tiers (b).

a) Alors que les libertés classiques s'adressaient à l'origine à tout être humain, quel qu'il soit, en vertu de sa dignité propre⁹, il n'en va pas nécessairement ainsi des droits sociaux, qui se répartissent en deux catégories. Les uns sont accordés dans l'intérêt de tous les citoyens ; ils donnent à chacun l'assurance que, s'il éprouve un jour un besoin déterminé, l'Etat l'aidera à le satisfaire ; tels sont les droits au travail, au logement ou à la sécurité sociale : quiconque ne trouve pas de travail ou de logement, est victime d'un accident ou d'une maladie recevra un soutien de l'Etat ; ces droits visent donc, au moins virtuellement, tous les membres de la communauté et sont l'expression juridique de leur solidarité, ainsi que de leur dignité. En revanche, d'autres droits sociaux protègent certains groupes de personnes qui souffrent d'une inégalité de fait ou subissent un préjudice, non pas potentiels, mais réels, soit pour un temps, soit en permanence ; par exemple, ils tendent à améliorer la position des enfants, des adolescents, des mères, notamment célibataires ou salariées, des handicapés physiques et mentaux ; le droit positif ne saurait les définir sans préciser le cercle de leurs titulaires. A cet égard, il paraît utile d'étudier les textes des conventions internationales et des initiatives soumises au suffrage du peuple et des cantons suisses.

On se souvient que le Pacte de l'ONU confère les droits économiques, sociaux et culturels, tantôt «à chacun» ou «à toute personne», tantôt à des individus placés dans une situation déterminée¹⁰. Mais il n'opère pas rigoureusement cette distinction et reconnaît parfois «à chacun» des droits qui ne visent en réalité qu'une partie de la population. Ainsi, l'article 7 garantit «à toute personne» notamment une rémunération «qui procure, au minimum, à tous les travailleurs un salaire équitable... ; la même possibilité pour tous d'être promus, le repos, les loisirs, la limitation raisonnable de la durée du travail et les congés périodiques...»;

⁹ Cf. ci-dessus, p. 18 ss. Pour les exceptions admises aujourd'hui, cf. p. 93.

¹⁰ Cf. ci-dessus, p. 59.

à vrai dire, il est peu logique d'accorder «à toute personne» des droits qui «procurent aux travailleurs» certaines prestations. De son côté, la Charte sociale européenne sépare plus nettement les droits conférés «à toutes les personnes» et ceux, assurément beaucoup plus nombreux, qui appartiennent aux individus se trouvant dans une position particulière¹¹; on lui reproche d'ailleurs d'accorder trop de droits aux salariés et donc de négliger les travailleurs indépendants, principalement les agriculteurs¹².

Quant à l'initiative populaire lancée en 1893, son texte prévoyait que le droit au travail serait garanti «à chaque citoyen suisse»; mais il indiquait des mesures d'application qui ne visaient guère que les ouvriers employés «dans les fabriques et ateliers»; aussi lui fit-on également grief d'avantager les salariés au détriment des paysans¹³. L'initiative de l'Alliance des Indépendants, en 1946, tendait à faire reconnaître le droit au travail «à tout Suisse valide»; à première vue, cette expression peut paraître claire et englober tous les nationaux en état d'exercer une activité productrice et rémunérée; en réalité, elle n'est pas sans ambiguïté, comme le releva le Message du Conseil fédéral¹⁴: comprend-elle les particuliers qui, n'ayant jamais travaillé, cherchent pour la première fois une activité lucrative, ceux qui en sollicitent une à titre temporaire, ceux qui sont de condition indépendante? La disposition proposée ne permettait de répondre avec certitude à aucune de ces questions. L'initiative socialiste de la même époque était plus obscure encore, puisque, sans désigner les titulaires du droit au travail, elle se bornait à le garantir. En ce qui touche le droit au logement, proposé en 1969, il devait, d'après ses partisans, appartenir aux «familles» et aux «personnes seules»; un député qui lui était favorable ajouta qu'il s'agissait du droit de «tout travailleur»¹⁵; cependant, le débat porta avant tout sur le caractère subjectif du droit en question¹⁶; si celui-ci en était privé, la question du cercle

¹¹ Ibidem.

¹² TAQUET, p. 19s.

¹³ B.St.CN 1893–1894, p. 618ss.

¹⁴ FF 1946 II, p. 772s.

¹⁵ Voir l'intervention de M. CHAVANNES, B.St.CN 1969, p. 915.

¹⁶ Cf. ci-dessus, p. 122s.

de ses titulaires perdait évidemment toute pertinence. Enfin, lorsque le Conseil fédéral présenta son initiative sur le droit à la formation, son projet avait pour teneur: «Chaque habitant a le droit d'acquérir une formation conforme à ses aptitudes.» L'expression choisie incluait les Suisses domiciliés sur le territoire de la Confédération et les étrangers qui y sont «établis»; elle impliquait en outre la prohibition de toute discrimination, dans le domaine de l'enseignement, selon le sexe, la race, la nationalité, l'indigénat cantonal, la situation sociale, interdiction qui découle à vrai dire déjà de l'article 4 de la Constitution¹⁷; elle fut d'abord approuvée par le Conseil des Etats, puis écartée par le Conseil national, qui la remplaça par le texte suivant: «Le droit d'acquérir une formation est garanti.» Le rapporteur de la Commission avait critiqué le terme «habitant», qui ne figure dans aucune disposition de la Constitution actuelle¹⁸; la Chambre haute se rallia à la version adoptée par le Conseil national, après avoir entendu le Conseiller fédéral TSCHUDI, qui attribua au nouveau texte l'avantage de ranger parmi les ayants droit les Suisses domiciliés à l'étranger, ce qui paraissait équitable¹⁹.

En conclusion, si les droits sociaux n'ont jamais des groupes de personnes pour titulaires et ne sont donc pas des «droits collectifs»²⁰, en revanche nombre d'entre eux ne visent pas les êtres humains en tant que tels, mais dans la mesure seulement où ils sont placés dans une situation déterminée, qui justifie les secours de l'Etat. Cette position spéciale qui entraîne l'intervention étatique est un élément essentiel des droits en question; aussi doit-elle être fixée avec précision par la Constitution, de manière que les ayants droit soient désignés aussi exactement que possible. Par contre, d'autres droits sociaux sont des assurances qui couvrent certains risques pouvant atteindre n'importe quel citoyen; la définition de leurs titulaires ne pose guère de problèmes.

¹⁷ Cf. FF 1972 I, p.415ss.

¹⁸ Voir l'intervention de M. BARCHI, B.St.CN 1972, p. 1022s.

¹⁹ B.St.CE 1972, p. 582s. Cf. ci-dessus, p. 123s.

²⁰ Cf. ci-dessus, p. 93.

b) Encore faut-il dans tous les cas que le sujet passif du rapport de droit soit indiqué. A cet égard, il convient de rappeler que les droits sociaux s'analysent soit comme des libertés individuelles, soit comme des prétentions à une prestation positive. Les premières interdisent à l'Etat d'entraver des activités humaines; elles sont donc dirigées avant tout contre lui. Les secondes portent sur des objets, comme un emploi ou un logement, dont l'Etat ne dispose pas nécessairement et qui, dans la société occidentale, sont plutôt entre les mains de personnes privées. Aussi peut-on se demander s'il vaut mieux que l'Etat assume seul les obligations dérivées des droits sociaux (*aa*), ou qu'il en impose la charge à des tiers, au moins dans certains cas (*bb*). Il importe d'apprécier séparément les avantages et les inconvénients de ces solutions.

(*aa*) Si l'Etat est l'unique obligé, il y a lieu de distinguer entre deux catégories de droits sociaux. L'application des dispositions qui tendent à une abstention de l'autorité ne se heurtera à aucune difficulté particulière. En revanche, celle des normes qui confèrent le droit à une prestation positive rencontrera des obstacles. D'abord, la constitution d'un Etat fédératif comme la Suisse devra, pour chaque droit, indiquer clairement les obligations qui pèsent sur la Confédération d'une part, sur les cantons d'autre part. Sur ce point, le projet relatif au droit à la formation était singulièrement ambigu, car il comportait deux articles dont les liens n'apparaissaient pas nettement. L'article 27 prévoyait: «Le droit d'acquérir une formation est garanti... Durant la période de scolarité obligatoire, l'enseignement est placé sous la surveillance des cantons. Il est gratuit dans les écoles publiques.» De son côté, l'article 27^{bis} disposait: «L'enseignement est du domaine commun de la Confédération et des cantons. La formation relève des cantons avant et pendant la scolarité obligatoire. Les cantons veillent à assurer la coordination dans ce domaine. La Confédération encourage leurs efforts; elle peut édicter des prescriptions sur la coordination...» Les termes «formation» et «enseignement» n'étaient pas définis, pas plus que l'expression «domaine commun». Aussi était-il malaisé de distinguer les devoirs qu'assumait la Confédération et ceux qui s'imposaient aux cantons quant au «droit à la formation», surtout après la période de scolarité obligatoire.

Ensuite, si l'Etat est tenu à une prestation positive, cela suppose qu'il ait, ou qu'il acquière, la possibilité matérielle de la fournir. La difficulté sera plus ou moins grave suivant l'obligation en cause. En général, elle ne sera pas insurmontable tant que la collectivité publique doit faire des versements en espèces ; il semble même plus simple que l'Etat acquitte lui-même les paiements, au lieu d'y condamner des tiers, ce qui nécessiterait une coûteuse procédure judiciaire ou administrative et, éventuellement, une exécution forcée ; il peut donc être, sans inconvénient majeur, le sujet passif de tous les droits sociaux qui, comme la sécurité sociale, donnent lieu à des allocations pécuniaires. Il en va différemment quand la prestation est en nature ; mais, ici aussi, il importe de distinguer. On se souvient que le Conseil fédéral a lui-même proposé la reconnaissance du droit à la formation, lequel devait pourtant engager l'Etat seul ; c'est que l'enseignement est assuré depuis longtemps par la collectivité publique, qui a déjà construit les établissements et formé les maîtres indispensables, et qu'en outre l'instruction des jeunes gens est une condition du développement de la société ; par suite, le droit à la formation faisait figure d'objectif accessible et raisonnable.

Toutes autres seraient les conséquences du droit au travail, s'il obligeait l'Etat à fournir des emplois aux chômeurs. Certes, la Confédération, les cantons et les communes sont aujourd'hui d'importants employeurs. Mais ils ne sauraient multiplier le nombre de leurs fonctionnaires sans d'une part accomplir des tâches supplémentaires et d'autre part trouver des recettes nouvelles, ce qui conduirait à une nationalisation progressive de l'économie. En somme, tout dépendrait de la conjoncture. Aussi longtemps que régnerait le plein emploi, le droit au travail ne serait guère exercé. Une pénurie de travail limitée n'empêcherait pas l'Etat de faire face à ses obligations en maintenant la structure économique actuelle. Mais celle-ci risquerait d'être bouleversée par une crise prolongée ; cela entraînerait sans doute des changements politiques, qui ne seraient pas toujours réversibles ; l'arme serait donc à double effet, sans être nécessairement apte à supprimer le mal. Partant, il n'est pas surprenant que les initiatives sur le droit au travail aient été vigoureusement combattues : on leur reprocha d'ouvrir une brèche dans

le système de la propriété privée des biens de production²¹, de provoquer les nationalisations²², l'abrogation de la liberté du commerce et de l'industrie et l'introduction d'une économie planifiée²³; l'initiative socialiste de 1946 suscita l'opposition la plus vive: le Conseil fédéral déclara que le projet²⁴ impliquait une transformation profonde des structures, non seulement économiques, mais aussi politiques, bref qu'il exigeait un système collectiviste et centralisateur, la Confédération recevant des pouvoirs nouveaux, qu'elle ne pourrait exercer qu'aux dépens des compétences cantonales et des libertés individuelles²⁵.

En ce qui touche le droit au logement, ses effets seraient probablement moins profonds, même s'il contraignait l'Etat à fournir un appartement aux familles qui n'ont point de logis conforme à leurs besoins et à leurs ressources. D'un côté, on peut espérer que la pénurie des habitations n'atteindra jamais le même degré que celle de l'emploi en 1930. De l'autre, l'Etat peut faire construire des bâtiments, même en grand nombre, sans forcément étatiser l'ensemble de l'économie, ni même monopoliser le marché du logement; à supposer qu'il fixe des prix plus bas que les propriétaires privés, il n'est nullement certain que ceux-ci pâtiront d'une telle concurrence au point de disparaître, car une partie de la population aura vraisemblablement toujours le désir et les moyens de se procurer par le bail ou l'achat un logement qui n'appartient pas à l'Etat. On ne saurait donc s'étonner que le Conseil fédéral n'ait pas brandi la menace du collectivisme pour s'opposer à l'initiative sur le droit au logement. Assurément, il fit observer que le projet n'était pas sans risque: «... On tendrait à instituer en matière de logement un régime étatique d'économie dirigée. Ce n'est qu'aux

²¹ B.St.CN 1893–1894, p. 586, 618, 648; B.St.CE 1893–1894, p. 670. Cf. ci-dessus, p. 70ss.

²² FF 1946 II, p. 762ss.; B.St.CN 1946, p. 718, 720.

²³ FF 1946 III, p. 799ss.

²⁴ Ses premiers alinéas prévoyaient: «1) L'économie nationale est l'affaire du peuple entier. 2) Le capital doit être mis au service du travail, de l'essor économique général et du bien-être du peuple. 3) La Confédération a le droit de prendre les mesures nécessaires à cet effet en intervenant dans la structure et l'organisation de l'économie nationale.»

²⁵ FF 1946 III, p. 801ss.; voir également B.St.CN 1946, p. 962, 983, 985 et 996.

prix de sensibles interventions dans notre ordre social et économique ainsi que de restrictions apportées à l'autonomie de nos cantons et communes qu'il serait possible d'appliquer les principes découlant du droit au logement... L'initiative populaire est incompatible avec notre régime de liberté.»²⁶ Mais le Gouvernement releva avant tout que le droit proposé n'était pas le meilleur moyen pour atteindre le but visé par ses partisans et soutint que sa propre politique est plus efficace, parce qu'elle cherche à encourager la construction de logements, à créer les conditions dont dépend une saine évolution du marché, bref à «aider les intéressés à se tirer d'affaire par leurs propres moyens»²⁷, tout en respectant la liberté personnelle, l'indépendance de chacun et le sens de la responsabilité individuelle.

En conclusion, si l'Etat est désigné par la Constitution comme le sujet passif des droits sociaux, les conséquences de cette situation diffèrent. Elles auront peu de portée s'agissant des prétentions à une abstention ou à un versement pécuniaire de l'autorité. Elles pourront être de grande importance si la prestation positive doit être fournie en nature, en particulier si la collectivité publique est tenue, pour l'accomplir, d'accroître ses compétences, de multiplier ses tâches, de trouver des ressources nouvelles, de restreindre les libertés.

(bb) On pourrait également concevoir que les droits sociaux donnent naissance à des obligations mises à la charge, non pas de l'Etat, mais de tiers. Au premier abord, une telle idée n'est pas sans analogie avec celle de l'effet horizontal (*Drittirkung*) des droits fondamentaux sur les relations entre les particuliers. En effet, une partie de la doctrine, surtout allemande, considère que les droits constitutionnels peuvent influer de deux manières différentes sur les liens de droit privé: tantôt, ils servent de règles d'interprétation des clauses générales de droit civil (par exemple, l'article 27 du Code civil ou l'article 49 du Code des obligations) et exercent un effet médiat sur les rapports entre les individus (on parle alors de *mittelbare Drittirkung*); tantôt, ils sont applicables directe-

²⁶ FF 1969 II, p. 908.

²⁷ Ibidem, p. 903.

ment à un conflit de droit privé: ainsi, un journaliste invoque en justice la liberté de la presse garantie à l'article 55 de la Constitution contre l'entrepreneur de spectacles qui lui en a interdit l'accès en raison de critiques désobligeantes³⁰ (dans ce cas il y aurait *unmittelbare Drittewirkung*³¹). Cependant, il importe de relever que cette théorie de l'effet horizontal ne saurait s'appliquer qu'aux libertés individuelles, qui tendent à une abstention de l'autorité, et non aux droits du statut positif, qui donnent lieu à une véritable prestation. Les premières sont dirigées d'abord contre l'Etat, dont elles limitent le pouvoir; elles peuvent s'étendre aux relations avec les particuliers, à titre subsidiaire, parce qu'il est toujours possible de multiplier les sujets passifs d'une obligation négative; à ce titre, elles sont comparables aux droits réels. Par contre, les droits à une prestation positive n'ont nullement pour but de restreindre la puissance publique; ils permettent d'obtenir une somme d'argent, un autre bien ou un service; ils supposent donc que soit désigné un obligé, et un seul, à qui la prestation pourra être réclamée; aussi se rapprochent-ils des droits personnels. Dès lors, à proprement parler, le problème de la *Drittewirkung* ne se pose que pour les droits sociaux qui ressortissent au statut négatif, principalement la liberté syndicale et celle de faire la grève. Il est d'ailleurs d'une grande portée, car ces deux droits n'ont guère de sens s'ils n'ont pas d'effet sur les relations privées de travail. En pratique, ils impliquent que non seulement l'Etat, mais encore l'employeur ne peuvent s'ingérer dans les activités syndicales, interdire les grèves ou prendre des mesures de rétorsion à la suite des unes et des autres. Sous peine de rester lettres mortes, ils ont nécessairement un effet horizontal³².

En revanche, pour les droits sociaux qui tendent à une prestation positive, en espèces ou en nature, le sujet passif sera soit

³⁰ Saisi d'une cause de ce genre, le Tribunal fédéral a jugé qu'il ne découlait pas de l'article 55, ni de l'article 28 du Code civil, un droit de l'individu à accéder aux sources d'information. Arrêt *Seelig c. Studio 4 AG*, RO 80 II 26, 41, JT 1955 I 136, 145.

³¹ LEISNER, p.356ss. et les citations; cf. ci-dessus, p.108, n.12.

³² Aussi l'article 159 de la Constitution de Weimar, qui garantissait la liberté syndicale, prévoyait-il expressément que toute clause contractuelle ou toute

l'Etat, soit un tiers, et non tous les deux à la fois. Il n'est pas question de *Drittewirkung*, directe ou indirecte³³, puisqu'il ne saurait y avoir, en ce qui touche une prestation déterminée, qu'un unique obligé. Certes, la norme constitutionnelle pourrait, théoriquement, prévoir qu'un droit social donné, par exemple le droit au travail, engage l'Etat dans certains cas, un tiers dans d'autres hypothèses, à donner un emploi au requérant. Mais il ne s'agirait pas d'une *Drittewirkung*, car, pour chaque prestation en cause, il n'y aurait qu'un seul débiteur; en pratique, une telle règle compliquerait d'ailleurs singulièrement la tâche des organes d'exécution.

Lors des débats sur les diverses initiatives populaires relatives aux droits sociaux, on ne se demanda guère s'il convenait que les particuliers en fussent les sujets passifs. Tout au plus le Conseil fédéral fit-il remarquer, au sujet du droit au travail proposé par l'Alliance des Indépendants: «L'exercice d'un droit supposant, outre celui qui en est le détenteur, un obligé, il s'ensuit que la Confédération sera tenue, soit de jouer elle-même le rôle d'employeur, soit d'instituer un système d'engagement obligatoire et de contraindre les autres employeurs – cantons, communes ou particuliers – à conclure des contrats de travail avec les personnes en quête d'un emploi.»³⁴ Le Gouvernement n'indique même pas que les deux solutions pourraient se combiner.

Au reste, il ne paraît pas envisager la seconde avec sérieux. Elle souffre de défauts si évidents qu'il suffit de les mentionner brièvement. D'abord, il sera plus difficile encore au constituant de désigner le cercle des obligés que celui des ayants droit; pour ceux-ci, les critères sont vagues; pour ceux-là, ils sont inexistant. Ensuite, l'autorité chargée d'exécuter la disposition constitutionnelle se heurtera au même obstacle: pour quels motifs condamnera-

mesure destinée à restreindre cette liberté étaient illicites. L'article 118, alinéa 1, renfermait une disposition semblable pour protéger la liberté d'expression; il est vrai que l'application de ces règles par les tribunaux allemands fut décevante (voir KONRAD, p. 15 ss., 22 ss.). Cf. ci-dessous, n. 45.

³³ *Contra TOMANDL*, p. 32 s., et BRUNNER, p. 15 s., qui envisage une *Drittewirkung* directe, non sans d'ailleurs signaler ses inconvénients.

³⁴ FF 1946 II, p. 767.

t-elle tel individu, plutôt que tel autre, à fournir un travail, un logement, ou une quelconque prestation d'assurance sociale? Enfin, on n'imagine pas comment l'Etat pourrait imposer ces devoirs sans restreindre au point de les abolir le libre exercice de la propriété privée, la liberté des contrats et celle de l'activité économique.

3. Les libertés constitutionnelles «classiques» se caractérisent par leur *application absolue et immédiate*. C'est dire qu'elles obligent tous les organes de l'Etat également et qu'elles font naître des droits dont les individus peuvent se prévaloir directement, indépendamment de toute législation ordinaire. On peut attribuer sans grande difficulté cette double qualité à d'autres libertés, dont le contenu serait économique, social ou culturel, comme la liberté syndicale ou celle de faire la grève³⁵. En va-t-il de même des droits sociaux qui ressortissent au statut positif, ou convient-il d'introduire dans la norme constitutionnelle une clause qui réserve l'œuvre du Parlement, chargé de traduire en règles plus concrètes les termes généraux et abstraits utilisés par le constituant (a)? Quand la loi est réservée, cela signifie-t-il que la prétention individuelle ne se fonde plus sur la constitution, mais bien sur une règle d'ordre législatif, autrement dit que le droit social en cause n'est pas un véritable «droit fondamental» (b)? De la réponse à ces deux questions dépend en grande partie le rôle attribué respectivement à l'administration pour appliquer les dispositions en la matière et au juge pour contrôler leur observation (c).

a) On se souvient que la définition des droits sociaux tendant à une prestation positive se heurte à des difficultés, d'autant plus graves qu'ils donnent lieu à des allocations en nature, et non en espèces³⁶. S'agissant des divers droits appartenant à la sécurité sociale et ayant pour objet une somme d'argent, le droit en vigueur n'a pas à déterminer la nature du versement, mais seulement son montant et les conditions auxquelles il est subordonné; pourtant, les lois actuelles qui portent sur les assurances sociales sont com-

³⁵ Aussi M. SCHAMBECK, p.110s., considère-t-il que les droits sociaux appartenant au statut négatif peuvent être des droits fondamentaux.

³⁶ Cf. ci-dessus, p. 125ss.

plexes et détaillées ; on conçoit mal qu'elles puissent être remplacées par une, voire plusieurs dispositions constitutionnelles relativement brèves. En ce qui concerne le droit au travail ou au logement, qui peut conduire pour le moins à quatre prestations de genres tous différents, on voit moins bien encore comment le constituant pourrait, même dans un long article, fixer la nature aussi bien que l'étendue de la prétention que le justiciable est fondé à éléver. De surcroît, il suffit de rappeler combien est délicate la désignation des titulaires de nombreux droits qui ressortissent au statut positif³⁷ pour constater que la norme constitutionnelle n'y procéderait que malaisément. Enfin, pour rendre effectifs la plupart de ces droits, il faut créer des services administratifs et leur allouer un budget ; certes, pour les assurances sociales, l'Office fédéral existe déjà ; mais, quant aux droits qui exigent l'exécution d'une prestation en nature, il y aurait lieu d'instituer des organismes d'un type nouveau, qui soient à même de fournir, en cas de besoin, un travail ou un logement, par exemple.

Les dispositions constitutionnelles doivent être aussi précises que possible, mais rester concises³⁸. A elles seules, elles ne sauraient résoudre complètement aucun des problèmes signalés. Il sied dès lors de répartir entre les organes de l'Etat la compétence d'éclaircir les points laissés obscurs ; en d'autres termes, il importe de se demander si cette attribution peut-être confiée au gouvernement et à ses subordonnés, le cas échéant sous le contrôle de la juridiction administrative, ou si elle doit être exercée au premier chef par le Parlement.

Il n'est pas inutile de relever que jusqu'ici les auteurs de toutes les initiatives sur les droits sociaux appartenant au statut positif ont choisi la seconde solution, sous une forme ou sous une autre. Ainsi, en préconisant le droit au travail, le projet de 1893 prévoyait que «la législation fédérale, celles des cantons et des communes doivent rendre ce droit effectif par tous les moyens possibles» et énonçait diverses mesures jugées appropriées, comme la réduction

³⁷ Ibidem, p. 129ss.

³⁸ Il est vrai que la Constitution fédérale n'obéit pas toujours à ce principe ; voir les articles 31^{bis}, 32^{bis}, 32^{quater} et 34^{ter}.

des heures de travail, la protection des ouvriers contre les renvois injustifiés ou la sauvegarde des droits d'association³⁹. L'initiative de l'Alliance des Indépendants, en 1946, énumérait également divers moyens propres à rendre effectif le droit au travail et précisait: «La Confédération prendra, par voie législative, toutes les dispositions de détail.» De son côté, l'initiative socialiste sur le même objet posait une série de principes, non sans ajouter: «En vue d'assurer l'application de ces principes et d'empêcher les crises et le chômage, la Confédération édictera des dispositions en particulier au sujet de la coopération de l'Etat et de l'économie.» Quant au texte de l'initiative sur le droit au logement, il indique, pour atteindre le but visé, certaines mesures et implique que celles-ci seront prises par la voie législative, en disant: «Les lois édictées en vertu de cet alinéa seront exécutées avec le concours des cantons...» Aussi le rapporteur de la Commission du Conseil des Etats déclara-t-il: «Il doit être clair que libertés et droits sont différents par essence: alors que les libertés peuvent être garanties et protégées par la Constitution même et par une instance constitutionnelle créée par elle, les droits sociaux ne peuvent être réalisés que dans la mesure où des lois sont élaborées, c'est-à-dire dans le cadre des institutions créées ou à créer par le législateur et correspondant aux possibilités du moment.»⁴⁰ En conséquence, il peut paraître surprenant que le projet du Conseil fédéral relatif au droit à la formation n'ait pas expressément réservé la législation d'application. On sera davantage encore étonné de lire dans le Message que le droit à la formation (alinéa 1^{er} du nouvel article 27) produira des effets immédiats et que seules les autres dispositions (sur la gratuité de l'enseignement primaire et sur le respect de la liberté de conscience et de croyance) exigeront l'élaboration d'une loi d'exécution⁴¹. Sans doute le gouvernement opère-t-il cette distinction et renonce-t-il à faire une réserve explicite pour deux raisons principales: d'abord, pour une grande part, la législation nécessaire doit être l'œuvre des cantons; ensuite, dans une large mesure, elle est en vigueur depuis longtemps; la réserve a donc

³⁹ Cf. ci-dessus, p. 70.

⁴⁰ B.St.CE 1970, p. 115 (traduction).

⁴¹ FF 1972 I, p. 371.

dû paraître superflue, parce qu'allant de soi. Au surplus, le Message ne constate-t-il pas lui-même que, «comme tout droit fondamental accordé par l'Etat providence», le droit de chacun à une formation conforme à ses aptitudes crée au premier chef une obligation pour le législateur»⁴²? Au Conseil des Etats, un adversaire du projet a d'ailleurs relevé qu'à la différence des libertés individuelles, les droits sociaux doivent être concrétisés par une loi d'application⁴³.

En conclusion, nombre de droits sociaux qui donnent lieu à une prestation positive, surtout fournie en nature, ne sont pas susceptibles d'une réglementation constitutionnelle exhaustive. Puisque la Constitution laisse nécessairement ouvertes certaines questions essentielles, relatives notamment au cercle des ayants droit, au contenu et à la condition de la prestation, celles-ci ne peuvent pas être résolues directement par l'administration. Elles sont en effet d'une importance et d'une nature telles que seul le Parlement est compétent pour leur donner des réponses, en vertu du principe de la séparation des pouvoirs, mais aussi selon celui de la légalité. Il suit de là que le constituant serait bien inspiré de donner des droits sociaux en cause une définition aussi exacte qu'il le peut, mais également de réserver la loi qui en réglera les détails. Assurément, cette réserve peut être implicite, comme dans le projet du Conseil fédéral sur le droit à la formation. En outre, elle n'est pas un élément essentiel de tous les droits sociaux⁴⁴: certains d'entre eux, avant tout ceux qui ne tendent pas à une prestation positive, ou du moins pas à une prestation en nature, sont susceptibles d'être garantis directement par la Constitution, sans égard à une éventuelle loi d'exécution; il en va ainsi des droits qui ressortissent au statut négatif et de quelques autres, par exemple du droit à des vacances payées⁴⁵. Néanmoins, la plupart des normes constitution-

⁴² Ibidem, p. 417.

⁴³ Voir l'intervention de M. MÜNZ, B.St.CE 1972, p. 125.

⁴⁴ *Contra TOMANDL*, p. 36s.; BRUNNER, p. 18s.

⁴⁵ Pour reconnaître ce droit et le rendre applicable, il suffit de prévoir dans la constitution que «chaque salarié a droit à X jours de vacances payées par an». On remarquera qu'il s'agit d'un droit social dont les sujets passifs sont – juridiquement – les employeurs, mais dont le coût est reporté sur les prix et finale-

nelles qui porteront sur les droits sociaux renfermeront une clause réservant la législation d'application⁴⁶.

b) Encore importe-t-il de déterminer la portée d'une telle clause. Prive-t-elle le droit social de son caractère de droit fondamental? Autrement dit, a-t-elle pour effet que la prétention individuelle ne se fonde pas sur la constitution elle-même, mais bien sur la loi d'exécution? D'aucuns répondent par l'affirmative⁴⁷; certains pensent même que, si elle réserve la loi, la norme constitutionnelle a la valeur d'une «disposition-programme» ou d'une règle attributive de compétence⁴⁸. Pourtant, le problème n'est pas à l'abri des controverses⁴⁹. La solution dépend évidemment du droit positif. Elle est subordonnée principalement aux voies de recours qui sont ouvertes aux ayants droit. Si les personnes peuvent demander à la Cour constitutionnelle de prononcer que le Parlement a failli à ses devoirs soit en n'édictant pas la législation prescrite, soit en adoptant une loi incomplète, insuffisante ou trop étroite, alors la norme qui réserve cette loi crée un droit fondamental; elle impose à tous les organes de l'Etat, y compris le législatif, des devoirs dont le juge contrôle le respect⁵⁰; certes, dans la mesure où la loi est entrée en vigueur, c'est sur elle que l'administré fonde ses prétentions à titre principal, et la voie judiciaire ordinaire n'est pas d'ordre constitutionnel; cependant, il peut faire valoir, à titre exceptionnel, que le Parlement n'a pas obéi à la constitution; celle-ci

ment payé par l'ensemble des consommateurs. Quant au droit des travailleurs dépendants de participer à la gestion de l'entreprise, qui obligerait également les employeurs au premier chef, il ne pourra guère être réglementé exhaustivement par la Constitution et nécessitera l'adoption d'une loi d'exécution.

⁴⁶ Par exemple, voir les articles 11, alinéa 4, de la Constitution du Luxembourg, 8, alinéa 1, de la Constitution du Portugal et 36, alinéa 2, de la Constitution italienne.

⁴⁷ BRUNNER, p. 19.

⁴⁸ TOMANDL, p. 37. Voir aussi la prise de position de M. MÜNZ au Conseil des Etats, p. 123 ci-dessus. M. ZELLWEGER, p. 325, semble penser qu'un article constitutionnel chargeant le législateur de rendre effectif le droit au travail ne donnerait pas à la Confédération plus de pouvoirs que ne lui en confèrent déjà les articles 31^{quinquies} et 34^{ter}.

⁴⁹ VAN DER VEN, p. 94ss.

⁵⁰ Un tel recours constitutionnel est prévu en République Fédérale d'Allemagne; cf. ci-dessus, p. 108; voir TOMANDL, p. 38s.

lui confère donc directement un droit fondamental, nonobstant la réserve de la loi. Si, au contraire, aucun tribunal n'est compétent pour constater les carences de la législation, l'individu ne saurait invoquer que celle-ci à l'appui de sa réclamation et ne tire aucun droit public subjectif de la règle constitutionnelle, précisément parce qu'elle réserve les dispositions d'application.

En Suisse, le recours de droit public au Tribunal fédéral est recevable contre les lois, les ordonnances et les décisions cantonales, pour violation des droits fondamentaux reconnus par les Constitutions fédérale ou cantonales⁵¹. Si l'une ou l'autre d'entre elles garantit un droit social et impose aux autorités cantonales de l'appliquer, la réserve de la loi cantonale ne le privera pas de son caractère de droit fondamental; certes, elle invitera le Grand Conseil à édicter la législation nécessaire; mais elle n'empêchera pas les justiciables de faire valoir devant le juge constitutionnel que la loi ou la décision fondée sur elle ne sont pas conformes à la règle constitutionnelle⁵². Cette dernière leur confère donc un droit public subjectif.

Par contre, il en ira autrement quand le droit social obligera la Confédération, car l'article 113, alinéa 3, de la Constitution fédérale interdit au Tribunal fédéral de se saisir d'un pourvoi dirigé contre la constitutionnalité d'une loi adoptée par les Chambres. Dès lors, ou bien la norme relative au droit social ne réserve pas la législation, et l'administration sera compétente pour l'appliquer directement, son activité pouvant être contrôlée par la voie du recours de droit administratif⁵³, qui permet d'invoquer la violation de l'ensemble du droit fédéral, y compris des règles constitutionnelles⁵⁴. Ou bien la loi est réservée, expressément ou implicitement: le Gouvernement ne pourra agir qu'en s'y conformant et le Tri-

⁵¹ Article 84 de la loi fédérale d'organisation judiciaire, du 16 décembre 1943. R.S. 173.110.

⁵² Sur les problèmes posés par un tel recours de droit public, cf. ci-dessous, p. 148.

⁵³ En vertu de la clause de compétence générale renfermée par la loi d'organisation judiciaire (articles 97 et 98), le Tribunal fédéral est le juge ordinaire du contentieux de l'administration fédérale. Voir ANDRÉ GRISEL, Droit administratif suisse, Neuchâtel 1970, p.498.

⁵⁴ Article 104, *litt. a*, de la loi d'organisation judiciaire.

bunal fédéral sera également tenu de l'appliquer telle quelle; les citoyens ne seront pas habilités à soutenir qu'elle est contraire à la Constitution; ils ne tireront donc directement de celle-ci aucun droit public subjectif.

En somme, la clause constitutionnelle qui réserve la législation d'application n'a qu'une portée limitée lorsque le juge constitutionnel est compétent pour contrôler le contenu de la loi, voire pour inviter le Parlement à légiférer ou pour combler lui-même les lacunes laissées par le législateur. En revanche, elle prive le droit social de son caractère de droit fondamental si la législation réservée s'impose aux tribunaux et n'est soumise à aucun contrôle, car les justiciables ne peuvent réclamer de prestation qu'en se fondant sur la loi elle-même et ne sont jamais reçus à invoquer la règle constitutionnelle; tel serait le cas le plus fréquent si les droits sociaux étaient reconnus en Suisse, car ils obligeraient sans doute au premier chef la Confédération, qui détient déjà des compétences prépondérantes dans ce domaine, et dont les lois ne sont pas susceptibles d'un examen par le Tribunal fédéral.

c) Il y a lieu de déterminer enfin le rôle que jouera l'organe judiciaire quant à l'application des droits sociaux. La Constitution fédérale peut charger de leur exécution la Confédération ou les cantons. On se souvient que, dans la première hypothèse, seul le recours de droit administratif est ouvert aux justiciables; il leur permet de faire valoir la violation du droit public fédéral, au sens le plus large, par une autorité généralement administrative; en matière d'assurances sociales, il s'adresse depuis longtemps au Tribunal fédéral des assurances⁵⁵; il pourrait sans grande difficulté être étendu à d'autres domaines, parce que le juge n'est pas compétent pour examiner la constitutionnalité de la loi, mais seulement pour l'appliquer; pourtant, actuellement, il n'est pas recevable quand l'individu invoque l'une des deux seules dispositions de la Constitution fédérale qui confèrent expressément un droit social à une prestation positive, soit les articles 27, alinéa 2, et 53, alinéa 2⁵⁶; en confiant le contrôle de l'application de ces règles au

⁵⁵ Article 128 de la loi d'organisation judiciaire.

⁵⁶ Cf. ci-dessus, p. 120.

Conseil fédéral, le législateur a exprimé sa méfiance à l'égard des décisions judiciaires portant sur des questions qui, d'ailleurs autrefois plus qu'aujourd'hui, pourraient être considérées comme de nature politique. Lorsqu'en revanche la règle constitutionnelle oblige les cantons à rendre effectif un droit social, il convient de distinguer : ou bien elle réserve la loi fédérale, que les cantons seront tenus d'observer et dont la violation ne pourra faire l'objet que d'un recours de droit administratif; ou bien elle ne réserve que la législation cantonale, laquelle pourra être attaquée par la voie du recours de droit public⁵⁷. En somme, celui-ci serait ouvert dans deux cas : d'abord, si le droit social est prévu par la Constitution fédérale, mais oblige les cantons et que seule la loi cantonale est réservée; ensuite, s'il est reconnu par une constitution cantonale. Avant d'examiner les problèmes particuliers que poserait le recours de droit public en matière de droits sociaux, il n'est pas sans utilité d'étudier les divers projets qui ont été soumis au suffrage du corps électoral.

Le texte de la première initiative sur le droit au travail était peu précis, car il réservait «la législation fédérale, celles des cantons et des communes» et ne donnait donc guère d'indications sur les voies de recours éventuelles; cette question ne fut d'ailleurs discutée ni dans le Message du Conseil fédéral, ni lors des débats aux Chambres. Il en alla de même s'agissant de l'initiative de l'Alliance des Indépendants. Quant à celle du parti socialiste, ses auteurs voulaient donner au droit au travail le caractère d'un «droit constitutionnel» au sens de l'article 113, chiffre 3, de la Constitution fédérale et permettre aux citoyens prétendument lésés de former un recours de droit public; dans son Message, le Conseil fédéral soutint que ce n'était pas possible et que «les lois d'exécution devraient donc prévoir les voies juridiques ordinaires pour assurer le respect de ces droits du travail»⁵⁸. Comme la précédente, l'initiative sur le droit au logement donna lieu à une controverse qui porta avant tout sur la nature subjective du droit en cause, et non sur les voies de droit. En revanche, en proposant la révision

⁵⁷ Il en irait de même si, exceptionnellement, ni la loi fédérale, ni la loi cantonale n'étaient réservées.

⁵⁸ FF 1946 III, p.820.

de l'article 27, le Conseil fédéral releva expressément: «Comme tout droit fondamental accordé par l'*Etat providence*, le droit de chacun à une formation conforme à ses aptitudes crée au premier chef une obligation pour le législateur. En outre, il constitue également une base juridique permettant de faire valoir des préentions individuelles par les voies de droit... Il doit être qualifié de *droit constitutionnel* dans le sens de l'article 113, chiffre 3, de la Constitution; sa violation peut faire l'objet d'un recours de droit public au Tribunal fédéral.»⁵⁹ Cette dernière proposition, qui n'était évidemment pas introduite dans le texte même du projet, fut combattue aux Chambres par plusieurs orateurs. Un député fit valoir que les droits sociaux ne sont pas susceptibles d'une définition assez précise dans la Constitution, qu'ils doivent être «concrétisés» par une loi, que les préentions individuelles ne découlent que de celle-ci et qu'au surplus l'exécution des arrêts du Tribunal fédéral en la matière se heurterait souvent à des difficultés: comment l'assurer, par exemple, quand une loi cantonale a été cassée au motif qu'elle prévoyait des crédits insuffisants, et que le corps électoral rejette ensuite le projet de loi conforme aux considérants du jugement⁶⁰? Un autre parlementaire doutait que le recourant pût obtenir satisfaction s'il demandait son admission dans un établissement scolaire qui ne disposait plus d'aucune place⁶¹. D'aucuns firent observer que, s'agissant au moins de l'interdiction de toute discrimination et du système des bourses, le recours de droit public n'offrait qu'un remède restreint, voire illusoire, le Tribunal fédéral ne pouvant examiner que sous l'angle de l'arbitraire la constitutionnalité de la législation cantonale d'exécution⁶². De leur côté, les partisans du projet répliquaient que la jurisprudence tiendrait compte dans chaque cas de l'ensemble des circonstances et du principe de la proportionnalité⁶³.

⁵⁹ FF 1972 I, p.417.

⁶⁰ Voir l'intervention du Conseiller aux Etats MÜNZ, B.St.CE 1972, p. 125ss.

⁶¹ Voir la prise de position de M. GUISAN (*ibidem*, p. 130).

⁶² Voir la déclaration des Conseillers nationaux BONNARD (B.St.CN 1972, p. 1027) et KOLLER (*ibidem*, p. 1041s.).

⁶³ Voir les interventions de M. HÜRLIMANN et du Conseiller fédéral TSCHUDI, B.St.CE 1972, p. 128, 131ss.

Vraisemblablement, rares seront les droits sociaux qui n'obligeront que les cantons et dont la violation pourra donc être invoquée par la voie du recours de droit public. Celui-ci atteindra plus facilement son but tant que les droits en cause tendront à une abstention de l'autorité étatique. Mais, dans la mesure où ils pourraient donner lieu à des prestations positives en espèces ou en nature, la procédure actuelle du recours de droit public se prêterait sans doute mal au contrôle de leur exécution. En première ligne, elle est principalement destinée à faire constater qu'une ingérence de l'autorité cantonale dans une activité privée est injustifiée; l'instance aurait une fin et un caractère tous différents si le recourant réclamait un versement ou une allocation; il faudrait dès lors réviser au moins les règles relatives à la qualité pour agir⁶⁴ et sans doute abandonner la pratique en vertu de laquelle le Tribunal fédéral se borne en général à annuler l'acte attaqué et ne se reconnaît qu'exceptionnellement le pouvoir de réformer la décision entreprise. Ensuite, les questions soumises au juge apparaîtraient souvent «non justiciables», faute de critères proprement juridiques pour les résoudre⁶⁵; en effet, il importe de distinguer deux situations: ou bien une loi cantonale a été adoptée, et le recourant prétend qu'elle n'est pas assez généreuse au regard de la norme constitutionnelle, argument que la Cour ne saurait guère trancher, parce que le droit social vise simplement un but et que les moyens pour l'atteindre sont subordonnés à des circonstances qu'elle est mal placée pour apprécier⁶⁶; ou bien aucune loi cantonale n'a été édictée, et le recourant ne peut réclamer que la constatation de la carence du législateur en cause (décision qu'il serait difficile d'exécuter); il ne peut obtenir des juges une prestation positive, dont ils devraient d'une part définir la nature et l'étendue, et qui d'autre

⁶⁴ L'article 88 de la loi d'organisation judiciaire la reconnaît aux justiciables «lésés par des arrêtés ou décisions qui les concernent personnellement ou qui sont d'une portée générale».

⁶⁵ HUBER, p.157ss.; SCHAMBECK, p.127; TOMANDL, p.38ss.; BRUNNER, p.19s.; plus nuancé, WILDHABER, p.384, 389s.

⁶⁶ Par exemple, si les cantons sont tenus de rendre effectif le droit au logement, comment le Tribunal fédéral pourrait-il juger si les crédits alloués par le Parlement cantonal sont suffisants ou non? Cf. ci-dessus, p.125ss.

part exigerait la réunion de conditions matérielles dépendant nécessairement de l'administration⁶⁷. En définitive, le recours de droit public ne paraît pas être la voie de droit propre à garantir le respect des droits sociaux à une prestation positive.

⁶⁷ Ainsi, on n'imagine pas qu'un tribunal décide d'attribuer un appartement ou un emploi, si la loi n'a pas prévu les crédits nécessaires pour les créer, et si l'administration n'a pas pris les mesures indiquées à cette fin.

Conclusion

Bien que la définition des droits sociaux ne soit pas à l'abri des controverses, ils se caractérisent par leur objet, qui est double. Tantôt ils tendent à sauvegarder l'autonomie des citoyens quant à leurs activités économiques. Tantôt ils garantissent aux particuliers un niveau de vie minimum, une protection contre certains dangers ou la réparation de préjudices déterminés. Ils engendrent donc à la fois des prétentions à l'abstention de l'Etat et à des prestations positives. En somme, ils ne se distinguent guère des autres droits de l'homme que par leur contenu, qui est d'ordre économique, social ou culturel.

Ils tirent leur origine de l'histoire aussi bien que du droit positif. Leurs sources doctrinales sont complexes, pour ne pas dire contradictoires, et comportent d'abord les idées individualistes défendues par l'école classique qui a défini les droits de l'homme, ensuite les préoccupations sociales des auteurs qui cherchent à établir les devoirs de l'Etat à l'égard de la sécurité matérielle et morale de ses habitants. Aux premières, les droits sociaux doivent leur structure, aux secondes, leur contenu. Or, «libéraux» et «socialistes» se sont affrontés d'emblée, dans chaque pays, et ne trouvent pas aisément un compromis entre leurs aspirations opposées ; en outre, on peut douter que la forme juridique des droits individuels soit compatible avec l'objet des droits sociaux. Aussi leur introduction dans le droit positif ne va-t-elle pas sans difficulté, qu'il s'agisse de l'ordre juridique international ou interne.

Les conventions, universelles ou régionales, qui visent à garantir les droits sociaux, ont une nature hybride. D'un côté, elles concernent les personnes, qui sont évidemment les bénéficiaires des droits en cause. De l'autre, elles ne confèrent aucune prétention à

l'individu, qui ne peut pas se prévaloir de leurs dispositions devant une Cour internationale, ni devant les tribunaux internes. C'est dire qu'elles confient le soin de veiller à l'observation des engagements souscrits aux Etats eux-mêmes, qui font ainsi figure en même temps d'obligés et de garants. Au reste, elles n'imposent aux parties que des devoirs vagues, en les invitant à accomplir certains progrès économiques, sociaux et culturels, mais sans fixer de délais. Elles instituent une procédure de contrôle souple et peu efficace. En conséquence, elles ont la valeur d'un programme; cependant, leur mérite n'est pas négligeable, car les Etats ont un intérêt manifeste à coopérer dans le domaine social.

Quant aux constitutions étatiques, elles réglementent les droits sociaux sous des formes diverses et souvent floues. Elles se bornent parfois à énoncer, en termes plus ou moins larges, les buts de l'Etat, sans lui donner d'attributions nouvelles ni faire naître des droits au profit des particuliers; alors, elles proclament également de simples programmes, destinés à stimuler le zèle des autorités, mais dénués d'effets juridiques clairement définis. Ou bien, les normes constitutionnelles confèrent à l'Etat des compétences et ont une portée précise, mais limitée: elles permettent à l'Etat de légiférer pour porter atteinte à l'autonomie des individus ou pour leur assurer des droits; de surcroît, dans un Etat fédératif, elles répartissent les compétences entre le Gouvernement central et celui des cantons. Ou bien, elles indiquent que l'Etat a un caractère «social» et assignent une fin aux organes chargés d'appliquer la loi fondamentale; les clauses de l'«Etat social» servent à l'interprétation de la Constitution, mais, étant donné leur formulation lapidaire, elles prêtent à la controverse et comportent donc des risques. Ou encore, les règles constitutionnelles garantissent l'existence et le maintien d'un droit social, ou tout au moins de ses modalités essentielles; elles limitent la liberté du législateur en le contraignant à sauvegarder les éléments traditionnels, typiques, d'une institution juridique, par exemple la famille; aussi ne peuvent-elles porter que sur des droits sociaux reconnus depuis longtemps, sous une forme qui paraît déjà bien établie; mais leur efficacité est toujours relative et dépend notamment du contrôle juridictionnel qui s'exerce sur les actes du Parlement. Ou enfin, la Constitution fait naître des

«droits sociaux subjectifs»; ceux-ci ne sont pas nombreux dans la Constitution fédérale actuelle: outre quelques libertés individuelles, comme celle du commerce et de l'industrie, ils comprennent trois droits à une prestation positive, le droit des indigents à l'assistance judiciaire (article 4), le droit à l'instruction primaire publique, suffisante et gratuite (article 27, alinéa 2), le droit à une sépulture décente (article 53, alinéa 2); le peuple et les cantons ont rejeté plusieurs initiatives qui tendaient à la reconnaissance du droit au travail, au logement ou à la formation; ils ont ainsi traduit, à l'égard des principaux droits sociaux, une méfiance qui se justifie à maints égards; d'abord, il est souvent difficile de définir l'objet même de ces droits, c'est-à-dire la prestation positive qu'ils engendrent; ensuite, il n'est pas moins malaisé de délimiter d'une part le cercle de leurs titulaires, de déterminer d'autre part si la prestation doit toujours être fournie par l'Etat, ou éventuellement par un tiers; de surcroît, à la différence des libertés individuelles, ils confèrent à l'Etat des compétences nouvelles, qu'il importe de répartir entre ses organes: or nombre de droits sociaux qui donnent lieu à une prestation positive ne sont pas susceptibles d'une application absolue et immédiate, et la règle constitutionnelle doit résERVER la législation d'exécution; quant au rôle des tribunaux appelés à en contrôler le respect, il est nécessairement limité, car le juge ne saurait guère allouer lui-même un appartement ou un emploi: à cet effet, les critères juridiques lui manqueront le plus souvent, de même que les moyens matériels ne permettront pas toujours de rendre sa décision effective.

En définitive, si la définition des droits sociaux demeure vague, leur nature juridique n'est pas moins incertaine. On peut souhaiter que l'une et l'autre soient bientôt précisées par des textes constitutionnels qui répondent aux préoccupations sociales les plus légitimes aussi bien qu'aux exigences de l'Etat de droit.

